

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

Douglas Roberto Martins

PRESCRIÇÃO E JULGAMENTO DE MÉRITO:

DIREITO DO RÉU À JURISDIÇÃO PENAL

Florianópolis - SC

2008

DOUGLAS ROBERTO MARTINS

Prescrição e Julgamento de Mérito:

Direito do Réu à Jurisdição Penal

Monografia submetida à Universidade Federal de Santa Catarina para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Antônio Carlos Brasil Pinto.

Co-orientador: Professor Doutor Paulo de Tarso Brandão.

Florianópolis - SC

2008



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada “Prescrição e julgamento de mérito: direito do réu à jurisdição penal”, elaborada pelo acadêmico Douglas Roberto Martins e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, por meio da Resolução n.º 003/95/CEPE.

Florianópolis, 5/12/2008.

Prof. Dr. Antônio Carlos Brasil Pinto - UFSC

Prof. Dr. Paulo de Tarso Brandão - UNIVALI

Prof.^a Dr.^a Marilda Machado Linhares - UFSC

Davi do Espírito Santo – MP/SC

Ao meu avô, Laurentino Boeng, pela
dedicação e amor, presentes em minhas
lembranças.

AGRADECIMENTOS

As linhas são poucas e as palavras faltam para expressar a importância de inúmeras pessoas, aquelas que estiveram comigo desde o princípio e aquelas que de alguma forma se fizeram presentes e marcaram, não só os cinco anos de faculdade, como os vinte três de vida.

O princípio e a razão de todo o esforço, os motivos pelos quais vale a pena a batalha e para os quais é vertida a caminhada, merecem especial homenagem.

E é por minha mãe, e para ela, que escolhi (ou fui escolhido) pelo Direito, que hoje deixou de ser uma simples profissão para se tornar um ideal, um instrumento pelo qual, ou apesar do qual, se construirá uma Sociedade emancipada, justa e materialmente igual. É em Sandra Boeng Martins que encontro o alento, a paciência, a alegria, a força, a determinação e a vontade que me movem, e é a ela que agradeço a dedicação e o carinho que até hoje foram, e para sempre serão, fundamentais.

Um ideal sem princípios, sem humildade, sem humanidade, de nada serve. Foi com meu pai que aprendi a acreditar no outro, a praticar a alteridade na sua forma mais pura, livre de (pré)conceitos. Agradeço a Oli José Martins pela amizade, pela companhia e por ter me ensinado a acreditar nas pessoas.

Sou grato às minhas irmãs, Tatiana e Monique, pelo carinho sincero, sempre manifesto, mesmo em meio aos desentendimentos.

A lembrança de meu avô João permanece viva em sua simplicidade e em sua força. Meu primo, meu amigo, meu irmão Diego, de cuja presença, sempre alegre, fomos prematuramente privados, não foge à memória. É difícil entender a falta de lógica que a vida tem, talvez porque ela não trabalhe com o previsível, com o desejável, circunstância que a faz prazerosa e, por vezes, dolorosa.

O mesmo ciclo que faz com que pessoas que nos são caras saiam de nossas vidas, nos traz outras tão importantes quanto. E foi em uma manhã de outubro que conheci uma pessoa especial, que por seu amor sincero e por seu apoio incondicional tem ocupado um lugar de destaque em minha vida. Registro o meu amor e sincero agradecimento à Andréia

dos Santos, que tem me compreendido e me apoiado sempre, bem como a toda a sua família, que me acolheu como se nunca houvesse estado fora dela.

Aos tios, tias, primos, e às minhas avós Ana e Alvina, que mesmo distantes estiveram sempre torcendo e vibrando com minhas conquistas.

Ao Paulo de Tarso Brandão, meu chefe, meu professor, e, acima de tudo, meu amigo, a quem aprendi a admirar por sua simplicidade, autenticidade e extraordinário conhecimento jurídico.

Ao Sérgio Antônio Rizelo, com quem aprendi o significado da palavra dedicação, que me fez acreditar que é possível ter amor pelo que se faz. Mais um grande amigo, um conselheiro, a quem devoto profunda admiração.

Aos colegas, professores e funcionários da Escola de Educação Básica Professor Henrique Stodiek, com os quais compartilhei os 7 anos mais prazerosos de minha vida. Aos amigos que fizeram da experiência à frente do Grêmio Estudantil um pretexto para o fortalecimento de um laço de fraternidade que perdura até hoje, que foram cúmplices de todo o sofrimento, e também de toda alegria, meu sincero agradecimento.

A todos aqueles, servidores, estagiários, prestadores de serviço e membros, do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, em especial aos funcionários do Departamento Financeiro, das Promotorias da Coletividade, à Larissa, à Solange, ao Gustavo e à Danielle, que engrandecem e fazem dessa instituição uma verdadeira família.

Aos membros da ABTUCMM, em especial ao Ruy Carraveta e à Eldeni Fernandes Camargo, com os quais compartilhei dificuldades e alegrias, e dos quais sempre recebi o apoio e amizade de que necessitei.

Por fim, e em especial, à todos aqueles, servidores, professores e colegas, que dividiram as frustrações e conquistas desse longos, e ao mesmo tempo breves, anos de faculdade.

Aos alunos e tutores do Programa de Educação Tutorial - PET, que despertaram em mim o gosto pela pesquisa, aos membros da gestão do CAXIF “O Tempo não Pára”, que me fizeram acreditar na importância da participação política, e a todos eles pela amizade que levarei para sempre comigo.

Aos colegas de turma, em especial Salém, Simas, Michelly, Mileine e Débora, que marcaram esses anos de academia e com os quais, tenho certeza, conviverei por muitos anos, relevando manias, e sendo relevado, compartilhando angústias, frustrações, conquistas e alegrias.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade Federal de Santa Catarina, a coordenação do Curso de Graduação em Direito e os Orientadores de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Florianópolis, 5 de dezembro de 2008

Douglas Roberto Martins

Graduando

RESUMO

A prática jurídica tem reiterado decisões terminativas de Ações Penais que geram dúvida quanto ao seu acerto. Seja em primeira ou segunda instância, os magistrados têm reconhecido, de ofício, a ocorrência de causas de extinção da punibilidade, mormente da prescrição da pretensão punitiva nas modalidades retroativa e intercorrente, julgando prejudicada a análise do mérito da Ação Penal, mesmo quando o acusado tenha expressamente a requerido, visando ao reconhecimento de sua inocência. O presente trabalho, utilizando o método de abordagem indutivo, tem por finalidade questionar tais decisões. O Estado Moderno, ao vedar a autotutela e monopolizar a produção e a aplicação do direito, assume perante o particular o dever de prestar a tutela jurisdicional sempre que provocado. Efetivamente, a função jurisdicional é um poder-dever, uma vez que, antes de ser exercício de uma fração do Poder do Estado, tem a finalidade de cumprir uma promessa deste, no sentido de que, em troca da autotutela, resolveria os casos litigiosos levados ao seu conhecimento. A Constituição Federal assegura ao cidadão o direito à jurisdição, prevendo um amplo acesso à justiça e ao Judiciário. Para que seja efetivado o direito à jurisdição não basta que o Estado aceite a formalização da súplica, é necessário que do exercício deste poder-dever emane uma decisão, solucionando o litígio com justiça, respeitando os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito Brasileiro. Nesse sentido, afastar a apreciação do mérito de uma Ação Penal, intentada pelo Órgão Público incumbido do exercício do *jus persequendi*, sob o pretexto de que sobreveio alguma das causas extintivas da punibilidade, a despeito do pleito absolutório formulado pelo acusado, configura verdadeira negativa de jurisdição e conseqüente violação ao princípio constitucional do acesso à justiça. O sistema penal comporta uma forte carga estigmática, iniciando o processo de criminalização com a seleção dos indivíduos que serão submetidos ao processo penal. Ao chegar ao Poder Judiciário, o processo de criminalização já está em curso, produzindo efeitos deletérios sobre a personalidade e a identidade social do sujeito. Cabe àquele que exerce a função jurisdicional a racionalização desse violento processo, realizando ao máximo as garantias constitucionais e minimizando as conseqüências dele advindas, o que reforça a necessidade de apreciação do mérito quando esta for a solução pretendida pelo acusado. A despeito disso, os tribunais têm reiteradamente negado o direito do réu à jurisdição, reconhecendo de ofício as causas extintivas da punibilidade, prática que, segundo o entendimento defendido, deve ser revista.

Palavras-chave: Estado Moderno; soberania; jurisdição; extinção da punibilidade; processo penal; estigma.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 FORMAÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO CONTEMPORÂNEO.....	13
1.1 O Estado como conceito político	13
1.2 Modelos de Estado anteriores ao Estado Moderno	15
1.3 Formação e desenvolvimento do Estado Moderno	17
1.4 A sociedade no Estado: o Estado Contemporâneo e sua função social	27
1.5 Fins do Estado.....	32
1.6 Estado e Soberania: o monopólio da força legítima	33
1.7 Estado e Direito: entre a legalidade e a justiça social	38
2 JURISDIÇÃO, AÇÃO E PROCESSO	44
2.1 À guisa de introdução.....	44
2.2 Jurisdição: para além da dicção do direito	47
2.3 Direito de Ação: entre o concreto e o abstrato.....	59
2.4 O Processo como <i>locus</i> da jurisdição	69
3 PRESCRIÇÃO E JULGAMENTO DE MÉRITO: DIREITO DO RÉU À	
JURISDIÇÃO PENAL.....	75
3.1 O <i>jus puniendi</i> estatal e as causas de extinção da punibilidade	75
3.2 Direito do réu à jurisdição penal.....	85
3.3 Processo penal e estigma	91
3.4 Análise de sete julgados de tribunais brasileiros	97
CONCLUSÕES.....	104
REFERÊNCIAS	108

INTRODUÇÃO

A atuação junto à 26ª Promotoria de Justiça da Comarca da Capital e, posteriormente, em uma das Procuradorias Criminais do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, acompanhando, desde a origem, Ações Criminais, evidenciou uma situação que gera dúvida em relação a seu acerto.

Uma série de apelações criminais interpostas visando à reforma de sentenças condenatórias têm sido fulminadas de pronto pelo Tribunal de Justiça. Ao reconhecer presente alguma das causas de extinção da punibilidade, tal como a prescrição da pretensão punitiva do Estado, nas modalidades retroativa ou intercorrente, questão considerada “prejudicial à análise do mérito”, tem aquela Corte (assim como a quase unanimidade das cortes do país) deixado de apreciar as razões recursais que, via de regra, pretendem a absolvição do recorrente.

O argumento que sustenta tais decisões é de que, em razão do reconhecimento de uma das causas de extinção da punibilidade, a sentença condenatória não gera efeitos jurídicos, motivo pelo qual não há interesse na análise do mérito da Ação Penal, ou seja, na apreciação da autoria, da materialidade e dos elementos configuradores do crime (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade).

A insurgência dos acusados contra esse entendimento e a constante negação dos pleitos pelos Tribunais, alheios aos anseios do indivíduo criminalizado, levou à necessidade de proceder ao estudo aqui proposto, cuja pretensão é questionar o posicionamento da doutrina majoritária, verificando se necessária uma solução diversa em reverência ao direito à jurisdição.

Utilizando o método de abordagem indutivo, o presente estudo monográfico tem por objetivo precisar o papel do réu na relação jurídica processual desenvolvida com a deflagração da Ação Penal. Põe em evidência o direito do réu à jurisdição penal, à análise de mérito da Ação Penal, que tem sido reiteradamente negado pelos Tribunais.

Muito se tem falado sobre o acesso à justiça, sobre meios de garanti-lo ao cidadão de forma ampla e irrestrita. Algumas situações, porém, enraizadas na prática jurídica dos tribunais, têm reiteradamente negado ao cidadão seu direito à jurisdição, têm

desconsiderado as pretensões jurídicas deduzidas pelas partes perante o Estado-juiz.

Quando se trabalha com o processo penal, a necessidade de se garantir ao réu o acesso ao poder judiciário, à ampla e irrestrita defesa, é ainda maior, em razão da forte carga estigmática que permeia todo o sistema de repressão penal, atingindo diretamente a personalidade e a sociabilidade do indivíduo submetido ao processo de criminalização.

A pesquisa foi desenvolvida com a constante preocupação em proporcionar ao cidadão que figura como réu em uma Ação Penal um amplo acesso à justiça e uma minimização dos efeitos do processo de criminalização a que está submetido, passando pela realização dos direitos e garantias constitucionais.

O primeiro capítulo trata da formação histórica do Estado, partindo das organizações políticas anteriores ao Estado Moderno. Versa sobre as profundas transformações ocorridas durante o período e algumas das concepções político-filosóficas que sustentam esse modelo de organização política. A importância que ganha a Sociedade Civil no seio do Estado, determinante na transição do Estado Moderno para Estado Contemporâneo, marcado por sua instrumentalidade e funcionalidade, será objeto de análise. Finalmente, abordará a relação entre Estado e Direito, dando ênfase para o monopólio desse por aquele; o conceito de soberania, sua titularidade e legitimidade, nos Estados Moderno e Contemporâneo; e as diversas finalidades incumbidas aos diferentes modelos de Estado, mormente na sua vinculação ao Interesse Coletivo ou Bem Comum.

O segundo capítulo se debruça sobre os conceitos de jurisdição, ação e processo, a tríade formadora da ciência processual. Diferencia a jurisdição das funções legislativa e administrativa do Estado para, com isso, chegar a uma definição do que seja a função jurisdicional. Busca demonstrar a correlação entre o direito do particular à jurisdição e o dever estatal de prestá-la. Aborda o conceito de Ação, privilegiando as correntes que afirmam um direito subjetivo público, de natureza abstrata, exercido contra o Estado para provocar a prestação da tutela jurídica. Por fim, trata do processo, das várias correntes teóricas que objetivam defini-lo, demonstrando que a predominante o vê como uma relação jurídica diversa da relação de direito material.

No terceiro e último capítulo é procedido um estudo das causas de extinção da punibilidade, tal qual positivadas no direito brasileiro, dando-se ênfase à prescrição da

pretensão punitiva, por ser a mais presente nas decisões judiciais. Será demonstrado como a não apreciação do mérito da Ação Penal, em razão do reconhecimento de uma das causas de extinção da punibilidade, a despeito de tê-lo expressamente requerido o réu, importa negativa de jurisdição e, conseqüentemente, violação ao princípio constitucional do acesso à justiça. As teorias do *labelling approach* serão objeto de estudo, evidenciando o processo de criminalização impulsionado pelo curso da Ação Penal, reforçando a necessidade de apreciação do mérito quando requerido pelo acusado. Por fim, serão analisados alguns julgados de tribunais brasileiros, demonstrando a forma como têm tratado o tema objeto do presente estudo.

1 FORMAÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO CONTEMPORÂNEO

1.1 O Estado como conceito político

O Estado, instituição política que tem tido destaque no pensamento político, jurídico e filosófico ao longo dos séculos, é de difícil conceituação; nem mesmo o momento de seu surgimento é preciso. O ente Estatal é parte integrante de um complexo de relações que se desenvolvem a partir da experiência humana em sociedade, construído historicamente, do que se extrai que o modelo e a concepção atuais de Estado são frutos de profundas transformações pelas quais passou ao longo da história da humanidade. Nas diferentes formas que adquiriu sua função precípua sempre foi regular as relações no seio da Sociedade Civil, dotado, para tanto, de força coercitiva.

Analisando os motivos que levam os homens a viverem em sociedade, Dallari identifica duas posições que têm sido adotadas por teóricos políticos ao longo dos séculos. Uma primeira análise, que, segundo o autor, é a predominante hoje, sustenta a conclusão de que a sociedade é um fato natural, fruto da necessidade humana de convívio com o outro. Tal necessidade não se identificaria com a fruição dos bens materiais, mas consiste na simples imprescindibilidade do convívio social. Uma outra corrente, que marcou o pensamento político liberal do século XVIII e ainda hoje influencia o estudo do Estado, consiste em interpretar a vida em sociedade como fruto de um acordo de vontades, um contrato hipotético celebrado entre os homens. Essa segunda corrente conta com os notórios nomes de Thomas Hobbes, Montesquieu, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, cada qual identificando uma motivação diversa para o abandono do estado de natureza em prol da construção da sociedade política. Dallari afirma que hoje predomina a idéia de que a vida em sociedade é fruto de uma necessidade humana, sem que se desconsidere a participação da consciência e da vontade individual.¹

Assim, por uma necessidade e/ou confluência de vontades, os homens formam as sociedades políticas, definidas como aquelas que “visando criar condições para a consecução dos fins particulares de seus membros, ocupam-se da totalidade das ações

¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 9-18.

humanas, coordenando-as em função de um fim comum”², observando nesse conceito o germe do conceito de Estado.

A figura mítica que historicamente se conhece por Estado gera profundas divergências quanto ao exato momento de seu surgimento, havendo autores que o identificam com a própria existência em sociedade; outros observam um momento próprio para cada agrupamento humano, não havendo um período delimitado em que ocorreu; e, por fim, há autores que não admitem a existência de Estado sem soberania, identificando seu surgimento, portanto, somente após o século XVI, com o que se conhece por Estado Moderno.

Dallari adverte que o termo Estado, designativo de uma sociedade política em permanente convivência, surge durante o século XVI, com a obra *o Príncipe*, de Maquiavel, motivo pelo qual muitos autores não reconhecem a existência do Estado anterior a esse período. Observa, porém, que a maioria dos teóricos, ao aceitar que a organização social ora denominada Estado é semelhante a que existiu anteriormente, mantém a nomenclatura para todas as “*sociedade políticas que, com autoridade superior, fixaram as regras de convivência de seus membros*”, razão pela qual se pode falar em Estado Medieval, Estado Grego, etc.³

Essencial para a pesquisa que se desenvolve é a forma de Estado que, embora já sendo gestado durante os séculos XII e XIII, surge durante o século XIV, no período conhecido como Renascença, e que é tratado por Estado Moderno, uma vez que é a partir dele que se formam as bases do conceito de jurisdição tal qual é concebida hoje.

Considerando que o Estado é um ente abstrato, construído historicamente, seja como conceito, seja como prática política, é necessário, para que se possa precisar as características dos Estados Moderno e Contemporâneo, traçar um breve histórico das sociedades políticas anteriores a eles, bem como do pensamento político e filosófico que as sustenta.

² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. p. 48.

³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. p. 51-52.

1.2 Modelos de Estado anteriores ao Estado Moderno

Não há como dispor cronologicamente os diferentes modelos de Estado.⁴ As fases de transição não são precisas, tendo ocorrido em velocidades distintas nos diversos territórios, em muitos havendo uma formação híbrida, englobando características peculiares aos diversos modelos. Não se pode, ainda, descurar que muitas vezes a construção teórica de determinado Estado precede sua existência real. Somente para efeitos didáticos se traçou uma linha evolutiva cronologicamente organizada, evidenciando as características diferenciadoras dos tipos de Estado, com fim de melhor compreender o Estado Contemporâneo.⁵

Novamente afirmando a posição de uma parte da doutrina, cumpre observar que se prefere utilizar a denominação “organizações políticas” para as formações sociais anteriores ao Estado Moderno, em decorrência do já mencionado entendimento de que o termo “Estado” designa o ente político que surge durante o século XIV e se consolida no século seguinte no continente europeu.⁶

Dallari⁷ identifica quatro formas de Estado anteriores ao Estado Moderno:

a) Estado Antigo: marcado pela natureza unitária, tendo em vista que família, religião, Estado e organização econômica formavam um conjunto confuso e sem diferenciação aparente; e pela religiosidade, que leva muitos autores a o identificarem como Estado Teocrático.

b) Estado Grego: a característica principal das organizações sociais englobadas pela designação de Estado Grego é a cidade-Estado, ou *polis*, marcada pela auto-suficiência e pela participação de pequena parcela da população na vida política da cidade, determinando os rumos da coletividade.

c) Estado Romano: embora tenha experimentado uma grande expansão política e territorial é marcado pela base familiar da organização. Como no Estado Grego, o

⁴ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais**: novos direitos e acesso à justiça. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 21.

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. p. 60.

⁶ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais...** p. 22-23.

⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. p. 62-69.

povo participava diretamente do governo, mesmo que a noção de *povo* alcançasse uma parcela ínfima da população.

A razão da não-confusão entre as organizações políticas clássicas (grega e romana) com o Estado Moderno está na forte vinculação daquelas com a religião. Era a partir do sagrado que se formavam as cidades antigas, organização e leis. Desconhecia-se a liberdade individual: tudo e todos estavam submetidos à força sobrenatural da cidade, fundada por seus deuses, aos quais se devotava toda a organização política.

d) Estado Medieval: período dos mais instáveis e heterogêneos, o Estado Medieval é de difícil conceituação, sendo possível a identificação de alguns fatores comuns às diversas organizações políticas da época.

Dallari aponta três elementos caracterizadores do Estado Medieval: o *cristianismo*, que será a base da aspiração à universalidade, afirmando a igualdade entre os homens, transpondo as divisões classistas. Essa posição da Igreja, aliada a sua forte influência durante o período, vai levar ao fortalecimento do império, tido como organização política ideal à unificação do povo cristão. O plano cristão, porém, não foi recepcionado de fato pelos múltiplos centros de poder, desejosos de manter sua soberania, nem pelo imperador, que se recusava a submeter-se à ordem religiosa. As *invasões bárbaras*, que obrigam a fortes transformações na ordem estabelecida, fortalecendo e reafirmando as unidades políticas independentes. E o *feudalismo*, caracterizado pelo desenvolvimento de um sistema administrativo e uma organização militar em torno da terra, principal fonte de subsistência.⁸

Um poder superior, exercido pelo Imperador, e uma profusão de pequenos poderes difundidos entre os feudos; uma conseqüente pluralidade de ordens jurídicas, religiosas, feudais, marcam o período de instabilidade e heterogeneidade do Estado Medieval.

Durante a Idade Média o que se observa é a descontinuidade do poder político. Como decorrência da organização social, o poder encontrava-se dividido entre os feudos, seus senhores, príncipes, cavaleiros, a Igreja. Tal situação contrasta com a principal característica do que se concebe por Estado, a centralização do poder, a soberania.

⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. p. 66-69.

1.3 Formação e desenvolvimento do Estado Moderno

O movimento conhecido como Renascença, que põe o homem no centro do universo, enfraquece o poder político da Igreja, determina a laicização do poder, é fundamental para a transição do Estado Medieval para o Estado Moderno, que, segundo definição aceita pela doutrina, corresponde à forma de organização política que surge na Europa durante os séculos XIV e XV.

Segundo Dallari, foram as deficiências do Estado Medieval, postas em evidência pelo movimento renascentista, que determinaram o nascimento do Estado Moderno.⁹

Châtelet enumera as profundas transformações ocorridas na Europa Ocidental durante o período, que levaram a uma reformulação da forma como o homem concebe a si e a sua posição no universo:

- a. as realidades históricas e econômicas (extensão e aplicação – prática das descobertas feitas durante a Idade média; desenvolvimento da civilização urbana, comercial e manufatureira).
- b. a imagem do mundo (descoberta do Novo Mundo; revoluções astronômicas de Copérnico e Kepler e física de Galileu);
- c. a representação da natureza (o universo medieval dos signos é substituído por uma realidade espacial a conquistar e explorar);
- d. a cultura (a redescoberta da Antiguidade greco-romana pelos humanistas suscita um maior interesse pelo homem enquanto dado natural e pelas especulações ético-políticas);
- e. o pensamento religioso (a radicalização da contratação do poder e da hierarquia de Roma, esboça no século XIV por J. Hus, na Boêmia, e Wycliff, na Inglaterra, pelos movimentos que reivindicam o cristianismo primitivo e se apóiam em especificidades “nacionais”). Esses abalos e os conflitos que os marcam colocam às práticas e às reflexões políticas problemas que essas vão tentar resolver por meio de invenções que estão na origem da modernidade: entre as mais marcantes, a do Estado como soberania.¹⁰

A aspiração ao Universalismo, iniciada pelos Romanos e perpetrada durante

⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. p. 70.

¹⁰ CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das idéias políticas**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. p. 37.

a Idade Média pelos cristãos, foi impulsionada pelas condições econômicas para tornar-se uma realidade que caracteriza o Estado Moderno.

Dallari observa que o Estado Moderno, quanto a sua natureza, não pode ser tido como um poder estritamente político, nem tampouco como exclusivamente um poder jurídico. O conceito de Estado Moderno assenta-se sobre quatro elementos básicos, reconhecidos pela grande maioria dos teóricos (embora alguns deles acresçam a estes outros e variados elementos): *a soberania, o território, o povo e a finalidade*. Ele é definido por Dallari como a “*ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território*” (em destaque no original), destacando seu componente jurídico sem descurar de seus fatores políticos.¹¹

No Estado Medieval o poder estava disperso, difuso, nas mãos dos senhores feudais, que controlavam seus feudos conforme sua vontade. A característica central do Estado Moderno é a centralização do Poder, a dita soberania, que inicialmente é entregue ao monarca, adquirindo contornos autoritários; posteriormente, com as revoluções liberais do século XVIII, vai encontrar respaldo no povo, que a exerce por meio de representantes eleitos, submetidos a um ordenamento jurídico fundado em uma carta de direitos fundamentais.

Bobbio escreve a respeito dos traços que marcam a transição para o Estado Moderno:

O elemento central de tal diferenciação consiste, sem dúvida, na progressiva centralização do poder segundo uma instância sempre mais ampla, que termina por compreender o âmbito completo das relações políticas. Deste processo, fundado por sua vez sobre a concomitante afirmação do princípio da territorialidade da obrigação política e sobre a progressiva aquisição da impessoalidade do comando político, através da evolução do conceito de *officium*, nascem os traços essenciais de uma nova forma de organização política: precisamente o Estado Moderno.¹²

É possível afirmar, com amparo em opinião majoritária dentre os autores que se dedicam ao estudo da história do pensamento político, que Maquiavel foi o primeiro pensador a utilizar o termo “Estado” para identificar o fenômeno político que era observado na Europa do século XIV. É Maquiavel quem, contrapondo as teorias da sociabilidade natural,

¹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. p. 113-118.

¹² BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de política**. Tradução Carmem C. Varrialle. *et. al.* 12. ed. Brasília: UnB, 2002. p. 426.

da revelação e da teologia, afirma, “porque constata, que, no que se refere às atividades coletivas o que *é* é o *Estado*”.¹³

Châtelet observa que Maquiavel utilizou o termo “Estado” para designar o “*poder central soberano* legiferante e capaz de decidir, sem compartilhar esse poder com ninguém, sobre as questões tanto exteriores quanto internas de uma coletividade”.¹⁴

A organização política que Maquiavel presenciava na Itália, o Estado Moderno em formação, porém, era um Estado absolutista e autoritário, centralizado nas mãos do Príncipe, necessário à segurança dos indivíduos tanto na ordem interna quanto externa. “A nota primordial do Estado, portanto, naquele momento, era a dominação sobre os homens”¹⁵.

Juntamente com Maquiavel, Châtelet aponta como um dos precursores teóricos do Estado Moderno Jean Bodin. Sua contribuição se refere à definição que apresenta do poder político como forma necessária à existência social, caracterizado pela *potência soberana*. Bodin centra sua análise sobre o Estado na relação deste com o poder.¹⁶

A soberania, um dos elementos constitutivos do Estado Moderno, talvez o mais relevante deles, tema central dos estudos de Bodin, por sua relevância para o presente trabalho, será estudada, como conceito político-jurídico, em separado. Necessário, por ora, indicar as diversas teorias que contribuíram para a formação do Estado Moderno e, posteriormente, do Estado Contemporâneo, bem como a posição que nelas ocupa a soberania, sem adentrar seus pormenores.

A Maquiavel e Bodin faltava esclarecer do que ou de quem provinha, qual o fundamento, do poder soberano. Na busca por esta explicação é que se desenvolveram os estudos que os seguiram, germinando os ideais que inspirariam, no final do século XVIII, a Revolução Francesa, transformando profundamente o Estado Moderno.

O primeiro a perquirir o fundamento da soberania Estatal foi Thomas

¹³ CHÂTELET, François... **História das idéias políticas**. p. 38.

¹⁴ CHÂTELET, François... **História das idéias políticas**. p. 38.

¹⁵ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais**... p. 29.

¹⁶ CHÂTELET, François... **História das idéias políticas**. p. 47.

Hobbes. Para ele, o homem, no estado de natureza¹⁷, experimenta a liberdade plena, somente limitada por suas capacidades materiais, o que gera uma situação de medo constante, de permanente guerra de todos contra todos. Em face desse quadro, objetivando a garantia da integridade física, com substituição da guerra de todos contra todos pela paz social, é que os homens criam, artificialmente por meio de um acordo de vontades, o Estado.

O homem criou o Estado, que concentra em si todo o poder, toda a força legítima, capaz de submeter todas as vontades. O Estado é absoluto, não encontra limites nem se pode julgá-lo, pois não há nada acima dele. O soberano não integra o contrato. É por ele criado, motivo pelo qual não possui dever algum para com os indivíduos. Entretanto, caso o Estado atente contra a vida de um dos súditos, este (e somente este) indivíduo não lhe deverá mais obediência, não porque o soberano violou algum compromisso, mas porque “desapareceu a razão que levava o súdito a obedecer”.¹⁸

Assim, para Hobbes, a função do Estado (e é aí que reside a razão de sua soberania) é a garantia da vida, é manter a ordem e a segurança do convívio social, não assumindo qualquer outra obrigação para com a Sociedade Civil. Nesse sentido, a soberania do Estado é ilimitada, absoluta, conforme observa Châtelet:

A soberania una e indivisível do Estado é *ilimitada*: o contrato que a estabelece não a sujeita a nenhuma obrigação, salvo a de assegurar a tranquilidade e o bem-estar dos contratantes. Temos aqui o deus mortal, o *Leviatã*, esse monstro da lenda fenícia que é evocado pela Bíblia para dar a imagem de uma força corporal à qual nada resiste. Dessa feita, a laicização completa da *plenitudo potestas* dos teólogos realiza-se na própria noção do Estado.

A ordem política põe fim à luta de vida ou morte: isso só ocorre na medida

¹⁷ Tanto em Hobbes quanto nos demais filósofos ditos contratualistas (Locke, Rousseau, Spinoza, Grotius) o ponto de partida para a explicação da formação do Estado é o “estado de natureza”. Necessário observar que o termo não designa a reunião de *selvagens* em uma clareira, no meio da floresta, com a finalidade de pactuar a formação de um ente soberano. Conforme explica Ribeiro (RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: **Os clássicos da política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, O Federalista. Francisco C. Weffort (org.). 12. ed. São Paulo: Ática, 2003. p. 54), “a natureza do homem não muda conforme o tempo, ou a história, ou a vida social”. Para a conceituação do estado de natureza os contratualistas utilizam o método hipotético, tomado de empréstimo da geometria. Assim, não analisam os fatos, mas sim fazem uma construção hipotética da natureza das coisas. Nesse sentido, o estado de natureza é uma criação hipotética, formulada à ignorância da evolução histórica da humanidade. (NASCIMENTO, Milton Meira do. Rousseau: da servidão à liberdade. In: **Os clássicos da política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, O Federalista. Francisco C. Weffort (org.). 12. ed. São Paulo: Ática, 2003. p. 194-195).

¹⁸ NASCIMENTO, Milton Meira do. Rousseau: da servidão à liberdade. In: **Os clássicos da política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, O Federalista. Francisco C. Weffort (org.). 12. ed. São Paulo: Ática, 2003. p. 68.

em que os membros da coletividade consentem em reconhecer a absoluta soberania de uma “pessoa moral” que exerce seu *poder* por meio de decisões das quais só ela é responsável e de leis que ela impõe como princípios necessários da organização da República. [...].¹⁹

Locke, embora parta dos mesmos conceitos de estado de natureza e contrato expostos por Hobbes, dele dissente quanto à interpretação da condição do homem na sociedade pré-estatal.

Châtelet observa o contexto histórico do qual emerge o pensamento de John Locke, já desenhando um quadro sócio-político diferente daquele do qual emerge o pensamento hobbesiano, fruto da velocidade das mudanças ocorridas durante o período:

[...]. A obra política de John Locke é contemporânea da segunda revolução inglesa (1689), da queda definitiva do regime de direito divino e da instauração de uma espécie de monarquia constitucional; como as de Hobbes e de Spinoza, ela se inspira no espírito novo que se baseia apenas na luz natural e na experiência; como elas, leva em conta as transformações ocorridas a partir do século anterior no mercado de trabalho e na estrutura da propriedade e do comércio.²⁰

Para Locke, o estado de natureza era de relativa paz, no qual o homem desfrutava livremente da propriedade²¹. Embora seja relativamente pacífico, o Estado de Natureza não estava isento de inconvenientes, como a violação da propriedade.²²

A complexidade das relações estabelecidas nesse estado de natureza gera inúmeros e progressivos conflitos, instaurando-se a insegurança. Assim, com o fim de superar a instabilidade do estado de natureza, “os proprietários reúnem-se e entram em acordo para *definir o poder público encarregado de realizar o direito natural*”²³. Locke já faz a primeira referência às funções do Estado, afirmando que compete ao soberano legislar, julgar e governar.

¹⁹ CHÂTELET, François... **História das idéias políticas**. p. 51-52.

²⁰ CHÂTELET, François... **História das idéias políticas**. p. 57.

²¹ O direito à propriedade, em Locke, englobava o direito à vida, à liberdade e aos bens (MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: **Os clássicos da política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, O Federalista. Francisco C. Weffort (org.). 12. ed. São Paulo: Ática, 2003. p. 86).

²² MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: **Os clássicos da política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, O Federalista. Francisco C. Weffort (org.). 12. ed. São Paulo: Ática, 2003. p. 84-85.

²³ CHÂTELET, François... **História das idéias políticas**. p. 59.

O Estado surge, portanto, para, limitando a total liberdade experimentada no estado de natureza, reforçar e garantir o direito de propriedade do qual o homem já dispunha. Como observa Mello, diferentemente do pacto social hobbesiano, que consiste em um contrato de submissão, em Locke o contrato social é um “*pacto de consentimento* em que os homens concordam livremente em formar a sociedade civil para preservar e consolidar ainda mais os direitos de que dispunham no estado de natureza”²⁴. A legitimidade do poder repousa no povo, devendo os seus representantes, que compõem o Estado, exercê-lo em nome do povo, da liberdade e da propriedade privada.

Assim, é possível afirmar que a soberania, em Locke, adquire contornos diversos dos traçados por Hobbes. O Estado já não é mais ilimitado, há uma mitigação do absolutismo. Os súditos obrigam-se a prestar obediência ao soberano na medida em que ele atue segundo o fim para o qual foi constituído.

Châtelet observa os limites encontrados pelo soberano no pensamento de Locke:

Portanto, o princípio-Estado é necessário – com seu aparelho legislativo, judiciário, policial e militar –, mas é uma forma vazia. Os cidadãos-proprietários decidem sobre a natureza do corpo legislativo e do governo e sobre quais são os que, dentre eles, merecem a confiança para realizar suas tarefas. Portanto, é deles que depende o regime, que durará enquanto servir ao bem público. Se o Estado fracassasse em sua missão e contrariasse os direitos naturais, seria um dever dos cidadãos desencadear a “insurreição sagrada” e formar governos decididos a fazer do Estado um poder ao serviço das liberdades inscritas em cada indivíduo.²⁵

Em decorrência das transformações ocorridas no seio da sociedade durante os séculos XV e XVI, principalmente com a expansão mercantilista, a Sociedade Civil passa a ganhar importância no pensamento político, circunstância já observada em Locke e que se acentua durante o século XVIII, com Montesquieu e Rousseau.

A importância de Montesquieu para a filosofia e a sociologia política está na conceituação de lei²⁶ e na sistematização da separação de poderes do Estado - de resto já

²⁴ MELLO, Leonel Itaussu Almeida. **Os clássicos da política...** p. 68.

²⁵ CHÂTELET, François... **História das idéias políticas.** p. 59-60.

²⁶ Montesquieu conceitua a lei, despidendo-a de toda a transcendência ou essência que até então imperava em sua conceituação (proveniente de Deus ou da natureza), como fruto da razão humana, aplicada às “relações necessárias” estabelecidas entre os homens. (GRIESBACH, Carlos Fabrício. A teoria política em

esboçada por Locke - como meio de limitação do poder soberano.

Para Montesquieu, o pacto social não cria o Estado, mas determina a união dos indivíduos em sociedade, a Sociedade Civil. Estabelecido o pacto social, a vida em sociedade tenderia à desagregação, pois os homens perdem o sentimento de suas fraquezas. Como se observa, para Montesquieu é o pacto social que cria o estado de insegurança, surgindo a partir dele a necessidade do estabelecimento de leis que regulem o convívio em sociedade, impostas por um poder soberano, o Estado. Assim, o Estado é a forma de conter a conduta desagregadora dos indivíduos em sociedade e a separação dos poderes a forma de frear o absolutismo do Estado.²⁷

Com o intuito de evitar que os governos monárquicos da Europa ocidental se entreguem ao despotismo, visando garantir a liberdade política (entendida como a possibilidade de fazer tudo o que a lei não proíbe, pressupondo a existência de um governo moderado), Montesquieu sistematiza a teoria da separação dos poderes, já esboçada por Locke, como forma de limitação do poder pelo poder.

Observa Châtelet que Montesquieu distingue o que chama de *potências*. A potência legislativa, que consiste em fazer leis; a potência executiva, de realizar resoluções públicas; e a potência de julgar os crimes e disputas entre os particulares, afirmando que seria desastroso se o mesmo indivíduo, grupo ou povo as exercesse, motivo pelo qual defendeu, como forma de conter o poder, a divisão harmônica e coordenada delas.²⁸

Montesquieu concebe a potência de julgar como sendo invisível ou nula, posto que o juiz tem a mera função de impor a lei ao caso concreto, num silogismo simplista, devendo as outras duas potências ser divididas entre três forças: o povo, a nobreza e o monarca.

Azambuja observa que a teoria de Montesquieu “teve extraordinária repercussão na filosofia política e nas Constituições escritas que se promulgaram nos fins do

Montesquieu. In: **Introdução à história do pensamento político**. Antônio Carlos Wolkmer (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 214)

²⁷ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais**... p. 36-37.

²⁸ CHÂTELET, François... **História das idéias políticas**. p. 66.

século XVIII, tornou-se um dogma na ciência constitucional”²⁹.

O estado de natureza volta a aparecer em Rousseau, ora marcado pela extrema liberdade experimentada pelo homem, que vive de acordo com suas necessidades. No estado de natureza o homem vive em harmonia, que é quebrada com o surgimento da propriedade privada, causadora de disputas e violência. Depois de quebrado o equilíbrio do estado de natureza, com a supressão da liberdade pela propriedade, o homem, pretendendo retomá-la, organiza-se politicamente por meio de um pacto, inventa a soberania e submete-se ao poder político, passando a gozar da liberdade civil.³⁰

O Estado é submetido à vontade geral, que é a vontade do povo, não como mera soma de vontades, mas como expressão direta do coletivo. Todos os indivíduos estão submetidos ao pacto social, sendo função do Estado a garantia do bem comum.

Rousseau reformula a base sobre a qual se constroem as teorias contratualistas, ou seja, defende uma outra concepção de estado de natureza (cuja existência é meramente hipotética). Segundo Rousseau, não há uma tendência natural à sociabilidade, sendo que a sociedade surge por obra do acaso, pelo agrupamento entre família e a divisão do trabalho. Dessa reunião, no intuito de garantir a segurança e a propriedade, firma-se um pacto entre os homens, nascendo entre eles uma organização política, que eternizará as desigualdades e alienará as liberdades.³¹

Châtelet trata da relação entre o indivíduo e o Estado em Rousseau, observando estar centrada na vontade geral:

[...]. Desse modo, o corpo Político – objeto do contrato social – não resulta da adição das vontades particulares: ele se confunde com a *vontade geral* tal como essa resulta da alienação total de cada indivíduo e, portanto, de sua liberdade, que não é mais do que a capacidade que ela possui de fazer com que sua vontade geral domine sobre a sua vontade particular.

A vontade geral dá “a existência e a vida do corpo político: a soberania é seu exercício e a legislação, seu movimento”.³²

Com Rousseau surgem todas as condições para o exercício da liberdade

²⁹ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 18. ed. Porto Alegre: Globo, 1979. p. 179.

³⁰ NASCIMENTO, Milton Meira do. **Os clássicos da política**... p. 194-195.

³¹ CHÂTELET, François... **História das idéias políticas**. p. 71-72.

³² CHÂTELET, François... **História das idéias políticas**. p. 74.

civil, pois a soberania reside no povo, caracterizada por ser inalienável, indivisível, infalível e absoluta. O povo exerce, ao mesmo tempo, função ativa e passiva no seio do Estado, participando na formulação das leis e a elas se submetendo. “Nessas condições haveria uma conjugação perfeita entre a liberdade e a obediência. Obedecer à lei que se prescreve a si mesmo é um ato de liberdade”.³³

Montesquieu e Rousseau, aquele com a separação dos poderes e este ao repousar a soberania no povo, vão exercer forte influência sobre as revoluções liberais do século XVIII.

Um dos mais expressivos teóricos da Revolução Francesa, Sieyès, busca em Rousseau e Montesquieu os pressupostos para a formulação de suas concepções acerca do “terceiro estado”.³⁴

Sieyès funda sua análise no conceito de Nação, que, segundo ele, preexiste a qualquer ato político ou legislativo. Châtelet escreve que:

É nesse sentido que a Nação é *soberana*; que ela é *una e indivisível*. Sieyès não se embaraça nem com a história nem com a sociologia; sua metafísica é pobre e só intervém na medida em que justifica o ponto de vista político adotado. Trata-se, para ele, com efeito, de designar o *ser de razão* em torno do qual se organiza o combate pela liberdade e pela igualdade e contra o arbítrio e os privilégios. O *ser real* da Nação é o *Terceiro Estado*, que agrupa a imensa maioria da população que – com exclusão dos privilegiados – é a parte viva do reino.³⁵

As Revoluções liberais do século XVIII determinam uma profunda mudança no seio do Estado Moderno, que adquire feições liberais, consequência da luta burguesa contra o despotismo esclarecido, substituindo o império do príncipe pelo império da lei, tornando os cidadãos formalmente livres. A soberania passa a ser titularizada pelo povo, que sujeita o poder do Estado a uma carta de princípios e valores que Constituem a organização social e política da comunidade.

³³ NASCIMENTO, Milton Meira do. **Os clássicos da política**... p. 196.

³⁴ Emmanuel Joseph Sieyès, um dos precursores do Constitucionalismo francês, exerceu forte influência sobre a Revolução Francesa, principalmente com o escrito intitulado “O que é o terceiro Estado?”, que circulou pela França no período anterior à Revolução, ressaltando a importância do terceiro estado (povo), que gerava as riquezas do Estado francês, sustentando os privilégios das demais castas sociais (clero e nobreza), sem, no entanto, possuir influência nas decisões políticas. (CHÂTELET, François... **História das idéias políticas**. p. 88)

³⁵ CHÂTELET, François... **História das idéias políticas**. p. 89-90.

Dallari identifica três grandes objetivos das revoluções liberais que, conjugados, iriam resultar no constitucionalismo: “a afirmação da *supremacia do indivíduo*, a necessidade de *limitação do poder* dos governantes e a crença quase religiosa nas virtudes da razão, apoiando a busca da *racionalização do poder*”.³⁶

As principais cartas políticas impostas aos Estados são a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, e a Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 04 de julho de 1776, nas quais são centrais os direitos à propriedade, à vida e à liberdade, oriundos de uma pretensa natureza humana, fruto dos ideais defendidos pelos contratualistas.

O Poder do Estado, a partir de então, legitima-se pela Constituição, a ela devendo reverência. Observa Dallari que da noção de Constituição, tomada em suas acepções formal e material³⁷, resulta que o titular do poder constituinte é o povo, somente sendo legítima a Constituição que reflete as aspirações de toda a coletividade, uma conjugação de valores sociais e individuais que o povo selecionou por meio da experiência. Como consequência, o Estado, por buscar sua legitimidade, a partir de então, nas Constituições, submete-se ao poder soberano do povo, iniciando o surgimento de seu caráter instrumental que será relevante na caracterização do Estado Contemporâneo.³⁸

É importante mencionar, antes de analisar a transição do Estado Moderno para o Estado Contemporâneo, lição de Châtelet na qual evidencia a função do Estado Moderno para com a Sociedade Civil:

De Maquiavel a Locke, a maioria dos teóricos políticos – quer procedam a uma constatação, quer se proponham um programa – reconheceram no estado, princípio soberano e unificador da existência social, a instância graças à qual – contanto que o estado “seja conhecido como deve ser conhecido”, segundo o enunciado de Hegel, e que o poder que ele implica seja corretamente exercido – podem ser reduzidos, ou mesmo eliminados, os

³⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. p. 198.

³⁷ A *Constituição formal* corresponde à Constituição escrita, a uma carta política considerada a norma positiva fundamental de um Estado soberano. A *Constituição material* ou *Constituição real*, como a conceitua Lassalle, consiste nos “fatores reais e efetivos de poder que naquele país vigem”. Lassalle adverte para o fato de que “onde a constituição *escrita* não corresponder à *real*, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a constituição escrita, a *folha de papel*, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país”. (LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Tradução de Walter Stöcker. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1985. p. 41-42).

³⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. p. 202.

conflitos que opõem os indivíduos (ou grupos) entre si, e, portanto, que assegura a paz civil e regulamenta do melhor modo possível os antagonismos entre os reinos.³⁹

Ocorre que, até então, o papel do Estado na promoção do bem comum era meramente regulador, fiscalizador. O Estado Moderno assume um papel passivo perante a sociedade civil, meramente fiscalizador, garantidor da liberdade formal, fruto das revoluções liberais que pregavam o Estado mínimo, submetido ao direito, somente intervindo nas relações sociais quando fosse chamado a fazê-lo. Como se verá, é justamente a mudança de postura do Estado perante a Sociedade Civil que caracteriza a passagem do Estado Moderno para o Estado Contemporâneo, que assumirá um papel ativo de promoção de justiça social.

1.4 A sociedade no Estado: o Estado Contemporâneo e sua função social

É difícil precisar o momento em que se dá a transição do Estado Moderno para o Estado Contemporâneo, talvez como decorrência da dificuldade encontrada em definir o que seja o Estado Contemporâneo.

É possível afirmar, de forma preliminar, para posteriormente aprofundar a análise, que o “Estado Contemporâneo – qualquer que seja o suporte ideológico que o sustente – deve possuir uma característica peculiar que é a sua Função Social, expressa no compromisso (dever de agir) e na atuação (agir) em favor de toda a Sociedade”.⁴⁰

Reforçando a tese, Bobbio aponta, como principal nota caracterizadora do Estado Contemporâneo, a partir da segunda metade do século XIX, “a gradual integração do Estado político com a sociedade civil, que acabou por alterar a forma jurídica do Estado, os processos de legitimação e a estrutura da administração”.⁴¹

O Estado Moderno, em decorrência de ter surgido como resposta ao Estado Absolutista do período anterior, que se fazia titular das riquezas, não se submetendo sequer à sua própria lei, assume perante a Sociedade Civil um papel acentuadamente passivo,

³⁹ CHÂTELET, François... **História das idéias políticas**. p. 60-61.

⁴⁰ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. 3. ed. Florianópolis: OAB/SC-Diploma Legal, 2003. p. 21.

⁴¹ BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de política**. p. 401.

essencialmente fiscalizador, submetido ao império da lei, expressão da “vontade geral”, cuja função precípua era a garantia dos direitos de primeira geração, ditos direitos civis e políticos.

Boaventura analisa o momento histórico que atinge seu ápice com o desenvolvimento do Estado Moderno, desenhando as notas características da conjuntura política da qual emerge o Estado Contemporâneo:

O princípio do mercado continua a expansão pujante do período anterior [...]. Quanto ao princípio da comunidade, o desenvolvimento industrial capitalista e a conseqüente expansão do operariado, por um lado, e o alargamento do sufrágio universal, inscrito na lógica abstrata da sociedade civil e do cidadão formalmente livre e igual, por outro, contribuem para a rematerialização da comunidade através da emergência das práticas de classe e da tradução política destas em políticas de classe. [...] Por último, o Estado é, ele próprio, um agente ativo das transformações ocorridas na comunidade e no mercado e, ao mesmo tempo, transforma-se constantemente para se adaptar a essas transformações.⁴²

A lógica capitalista do lucro impulsiona o que Boaventura chama de princípio do Mercado, que cresce assustadoramente com o processo de industrialização. A desigualdade social, gerada por conta do liberalismo extremo e do individualismo, aliada ao fortalecimento da consciência de classe, impulsiona o crescimento do princípio da comunidade, fortalecendo as minorias e os movimentos sindicais.

Como já se poderia antever, o fracasso da doutrina liberal desumanizante, cuja garantia de liberdade e igualdade meramente formais só fez acentuar as desigualdades materiais, e o surgimento de diversos movimentos sociais embalados pelos graves problemas societários e econômicos relacionados ao processo de industrialização dos séculos XIX e XX, motivaram o estabelecimento, naquela conjuntura histórica, da transição do Estado Moderno para o Estado Contemporâneo, inicialmente caracterizado como Estado de Bem-Estar Social ou Estado Providência.

Conforme observa Brandão, é em Hegel que primeiro se verifica a mudança da relação entre Sociedade Civil e Estado, passando aquela a ser compreendida como integrante desse.⁴³

Para Hegel, o substrato da existência social está na propriedade, na divisão

⁴² SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1995. p. 84-85.

⁴³ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais...** p. 39.

do trabalho como formação da Sociedade Civil. Châtelet observa que, para Hegel, o *sistema* formado pela Sociedade Civil gera contradições inelutáveis, oposições entre trabalhadores de uma mesma profissão, entre diferentes classes deles, entre ricos e pobres, podendo atingir um tal grau que ponha em risco a unidade da coletividade.⁴⁴

Hegel parte do reconhecimento de que a Sociedade Civil não é capaz de resolver esses conflitos, em função do que surge o Estado, cuja soberania destina-se à garantia da unidade da coletividade, “a potência plena que emana de suas decisões e a sacralidade (laica) das leis que ele edita transformam-no no árbitro dos conflitos da Sociedade Civil e no senhor das operações diante das ameaças que provêm do exterior”.⁴⁵

Assim, o Estado hegeliano tem a Sociedade Civil em sua definição, conforme leciona Châtelet:

Para reduzir as coisas às suas dimensões empíricas, o estado hegeliano é uma monarquia onde o monarca está submetido às mesmas leis que todos os outros cidadãos e onde o governo de fato pertence a uma administração racional e técnica que se supõe ser competente e devotada à coletividade. A implantação de um regime, que existe apenas como projeto, deveria permitir a cada um realizar-se como cidadão livre. [...].⁴⁶

Necessário mencionar, na formação do Estado Contemporâneo, o papel desempenhado pela doutrina Marxista, ao analisar a formação e evolução política e econômica do Estado Moderno, criticando duramente as concepções liberais, fortalecendo os movimentos classistas que se formavam na Europa Ocidental.

Partindo da análise do Estado burguês, pressupondo que a sua formação é fruto de um processo histórico, Marx afirma que o Estado se manifesta com a divisão da sociedade em classes, consequência do surgimento da propriedade privada sobre os meios de produção. Nesse contexto, o Estado tem por função a manutenção da ordem, mas não no sentido liberal, regulando o conflito de forma imparcial, mas sim tomando partido nele, mantendo a hegemonia da classe dominante, controladora do Estado e que detém o poder, em detrimento daquela classe que não o tem.⁴⁷

⁴⁴ CHÂTELET, François... **História das idéias políticas**. p. 82.

⁴⁵ CHÂTELET, François... **História das idéias políticas**. p. 83.

⁴⁶ CHÂTELET, François... **História das idéias políticas**. p. 85.

⁴⁷ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais**... p. 42.

Em Marx, segundo afirma Châtelet, “a luta de classes é o motor da história, o princípio ontológico explicativo do devir das sociedades”.⁴⁸

O conceito Marxista de Estado subverte o conceito até então dominante, invertendo a lógica de superação do estado de natureza, conforme observa Luz:

De alguma forma, parece ser possível asseverar que Marx, ao analisar a origem e desenvolvimento do estado, inverte a lógica até então propalada acerca da superação do estado de natureza rumo à construção da sociedade política. Dito de outra forma: antes do Estado, haveria uma situação comunal, livre e solidária. Nesse sentido, pode-se afirmar que o estado surge, na visão marxiana, para quebrar essa situação de equilíbrio do comunismo primitivo, em favor da manutenção da concentração de bens por parte de alguns. Essa imagem do passado, de um comunismo primitivo, abala, como infere Löwy, a representação burguesa do estado de natureza, bem como a idéia de que a propriedade privada ou o mercado seriam elementos decorrentes da natureza humana.⁴⁹

Assim, Marx prega a superação do Estado e o retorno ao comunismo primitivo, passando por uma fase de transição que ele chama de “ditadura do proletariado”.

O pensamento marxista teve forte influência na forma de se entender a relação entre Estado e Sociedade Civil, fortalecendo esta em face daquele, e impulsionando movimentos operários de fins do século XIX e início do século XX, cujas lutas foram determinantes para a emergência do Estado Contemporâneo.

Além dos movimentos operários, Brandão aponta outros fatores que foram determinantes na formação do Estado Contemporâneo:

Várias foram as circunstâncias que determinaram profundas transformações na estrutura material do Estado e que desencadearam a transformação do Estado Moderno no Estado Contemporâneo. Esses elementos foram, entre outros: a organização do capitalismo com a modificação de livre concorrência de mercado; a racionalidade do poder legal, entendido como modo de transmissão de comando concreto; os movimentos sociais que eclodiram a partir da segunda metade do século XIX, ainda no seio do Estado Moderno; e, ainda, as novas concepções que impressionaram o pensamento político.⁵⁰

Pasold entende que este período de transição, caracterizado pela mudança de

⁴⁸ CHÂTELET, François... **História das idéias políticas**. p. 128.

⁴⁹ LUZ, Vladimir de Carvalho. Notas introdutórias sobre o pensamento político de Karl Marx. In: **Introdução à história do pensamento político**. Antônio Carlos Wolkmer (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 315.

⁵⁰ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais**... p. 41.

postura do Estado perante a Sociedade Civil, culmina com a formação do Estado Contemporâneo, cujo marco inicial é a Constituição Mexicana de 1917, tendo como principais características: “1) mantém consagrados os Direitos Individuais; 2) insere como Direitos Fundamentais também os Direitos Sociais e/ou os Direitos Coletivos; e 3) para assegurar a efetivação desses Direitos estabelece e disciplina a intervenção do Estado nos domínios econômico e social”.⁵¹

Em síntese, Pasold defende que:

O Estado Contemporâneo tenha e exerça uma Função Social – a qual implica ação que – por dever para com a Sociedade – o Estado tem a obrigação de executar, respeitando, valorizando e envolvendo o seu SUJEITO, atendendo o seu OBJETO e realizando os seus OBJETIVOS, sempre com a prevalência do social e privilegiando os Valores fundamentais do Ser Humano.⁵²

Dessa maneira, o Estado Contemporâneo é caracterizado por ter uma “Função Social”, independentemente do modelo ideológico que adote, no sentido de que deve se colocar permanentemente em função de toda a sociedade.

No mesmo sentido, Bobbio observa que a “questão social”, fruto da Revolução Industrial, determinou profundas mudanças nas concepções de Estado e Sociedade Civil, impedindo que a formação econômico-política pudesse ser assegurada pelo desenvolvimento autônomo da sociedade, exigindo do Estado uma participação interventiva e não meramente fiscalizadora.⁵³

À função do Estado de manutenção das liberdades negativas agregam-se funções econômicas, orientadas à valorização dos diversos setores do capital, e sociais, tendentes à integração da classe trabalhadora no sistema político-econômico.⁵⁴

Desde o seu advento, o Estado Contemporâneo vem sofrendo constantes transformações, não podendo mais ser encarado hoje como o mesmo modelo de organização política que se observou no início do século XX. Profundas transformações decorrentes do processo de globalização e de um maior relacionamento entre as Sociedades Civil e Política, exigindo a constante presença do elemento democrático nas formas e ações do Estado, são as

⁵¹ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. p. 57.

⁵² PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. p. 92-93.

⁵³ BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de política**. p. 401.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de política**. p. 406.

marcas que caracterizam as mudanças ocorridas.

Assim é que, após as grandes guerras e, no Brasil, após o período ditatorial das décadas de 60 e 70, o Estado Contemporâneo adquire a feição de Estado Democrático de Direito, como reação ao arbítrio e ao autoritarismo que marcou o período, sustentado na tríade democracia, cidadania e dignidade da pessoa humana, elementos que se interpenetram de forma dialógica; tendo por tarefa precípua “superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social”⁵⁵.

De tudo quanto foi visto em relação à evolução histórica, prática e teórica do Estado, algumas características básicas e diretamente ligadas ao conceito de jurisdição merecem especial menção, tais como os fins do Estado, a evolução do conceito de soberania e a relação entre Estado e Direito.

1.5 Fins do Estado

Em relação aos fins do Estado, quando analisada sua relação para com os indivíduos e os modelos de comportamento por ele ditados, Dallari ensina que ao longo da história, das várias formas adotadas pelo Estado e que foram brevemente analisadas até aqui, podem ser observadas três ordens de teorias, que propõem *fins expansivos*, *fins limitados* e *fins relativos*.⁵⁶

As teorias que propõem fins expansivos são aquelas que preconizam o crescimento desmesurado do Estado, reconhecendo como próprias dele uma gama bastante grande de funções. Essas teorias estão na base do conhecido *Estado de bem-estar*, ou Estado Contemporâneo, cuja principal característica está na sua função social.⁵⁷

São partidárias dos fins limitados do Estado todas aquelas teorias que pregam um Estado mínimo, outorgando-lhe funções de mera vigilância da ordem social. Tais teorias servem de sustentáculo ao Estado Moderno.

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 116-117.

⁵⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. p. 104.

⁵⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. p. 104.

Dallari identifica três direções para as teorias dos fins limitados do Estado. A primeira define como papel precípua do Estado a garantia da segurança dos cidadãos; a segunda, defendida por John Locke, preconiza a garantia da liberdade como fim precípua do Estado; e a terceira, de grande importância, está na Base do chamado Estado de Direito, característico do Estado Moderno, na qual a função do Soberano é aplicar rigorosamente o direito, reduzido à estrita legalidade e emanado da vontade soberana do povo.⁵⁸

Por fim, existem as teorias que pregam fins relativos para o Estado, centradas em uma mudança de postura do indivíduo na sua relação para com aquele. Tem como principais expoentes Georg Jellinek, Clóvis Beviláqua e Alexandre Groppali e sustenta-se na idéia de solidariedade entre os indivíduos.⁵⁹

Ponto comum entre todas as teorias é a instrumentalidade do Estado, tendo por função precípua promover condições para que os indivíduos possam desenvolver suas potencialidades e atingir os seus fins particulares. O que se altera conforme o tempo é o modo e o grau de intervenção do Estado na Sociedade Civil. Nesse sentido é que Dallari afirma que o fim do Estado é o bem comum “entendido este como o conceituou o Papa João XXIII, ou seja, o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”.⁶⁰

1.6 Estado e Soberania: o monopólio da força legítima

Importante, por sua ligação com o conceito de jurisdição, é o instituto político e jurídico da soberania.

A soberania manifesta-se internamente, nas relações do Estado para com seus súditos, bem como externamente, na relação entre os diversos Estados soberanos. Necessário, para o presente trabalho, evidenciar os reflexos da soberania na ordem interna dos Estados.

⁵⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. p. 105.

⁵⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. p. 106.

⁶⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. p. 107.

De uma forma mais geral, é possível conceituar a soberania como uma qualidade do poder do Estado que o faz supremo, no sentido de não reconhecer nenhum outro superior ou igual a ele dentro do mesmo Estado.⁶¹

Dallari explica que as sociedades políticas anteriores ao Estado Medieval desconhecem qualquer conceito próximo ao de soberania. Isso se deve ao fato de que o Estado não tinha funções que dependiam da subjugação do poder de outras instituições ao seu, o que vem a ocorrer com a oposição dos feudos às pesadas tributações dos monarcas, durante a Idade Média. O conceito de soberania como poder *supremo* vai surgindo conforme se fortalece o poder do rei sobre os demais poderes difusos.⁶²

Assim, é possível afirmar que o conceito de soberania, tal qual o concebemos hoje, surge diretamente ligado ao Estado Moderno, como um dos principais elementos que o constitui e o diferencia das formas de organização política anteriores a ele, embora algumas de suas características pudessem ser observadas já no Estado Medieval.

Ferrajolli explica como se desenvolveu, durante os séculos XVI e XVII, o processo que culminou com a consolidação do conceito de soberania e do Estado Moderno:

É no século XVII que o modelo vitoriano entra definitivamente em crise. Com a consolidação dos Estados nacionais e com sua plena autonomização dos vínculos ideológicos e religiosos, que haviam cimentado a *civitas christiana* (nação cristã) sob a égide da Igreja e do Império, cai todo e qualquer limite à soberania estatal e se completa, com sua plena secularização, sua total absolutização. Estes dois processos – secularização e absolutização – envolvem ambas as dimensões da soberania, a externa e a interna, e compõem um todo com a formação da idéia moderna do Estado como pessoa artificial, fonte exclusiva do direito e, ao mesmo tempo, livre do direito.⁶³

Como observa Azambuja, o conceito de soberania emerge da luta travada, principalmente, pelos reis da França, com o fim de impor sua autoridade sobre os diversos focos de poder difusos entre os feudos e senhorios, e, paralelamente, emanciparem-se do poder da Igreja.⁶⁴

⁶¹ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. p. 50.

⁶² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. p. 75.

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. Tradução Carlo Coccioli *et. al.* São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 16-17.

⁶⁴ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. p. 50-51.

A primeira obra teórica a desenvolver o conceito de soberania como elemento de Estado é de autoria de Jean Bodin, cujo aparecimento presume-se tenha ocorrido em 1576.

Dallari explica que, em Bodin, a soberania é “o poder absoluto e perpétuo de uma República”, sendo que a expressão *República* equivale a Estado. Por ser absoluto, não pode ser de forma alguma limitado, “nem em poder, nem pelo cargo, nem por tempo certo. Nenhuma lei humana, nem a do próprio príncipe, nem a de seus predecessores, podem limitar o poder soberano”⁶⁵. Caracteriza-se por ser indivisível⁶⁶ e perpétua⁶⁷.

O conceito de soberania em Bodin terá influência direta sobre o conceito de lei, tida como o meio pelo qual se define a ordem social, determinando, “segundo a necessidade, as normas da existência social em seu aspecto público; o Estado é senhor de ‘dá-las e de revogá-las’”⁶⁸.

Quase dois séculos depois de Bodin, em 1762, a soberania ganha novamente importância em “o Contrato Social”, de Rousseau, passando por uma forte mudança.

Rousseau, seguindo suas concepções sobre o estado de natureza, o contrato social e a vontade geral, transfere a titularidade da soberania da pessoa do governante para o povo.

Para Rousseau a soberania possuía duas características bem definidas. Era *inalienável*, por ser exercício da vontade geral, não podendo ser alienada nem representada; e *indivisível*, porque corresponde ao todo, provém do coletivo. A idéia de soberania popular teve grande importância para a Revolução Francesa, na luta da burguesia contra a nobreza.⁶⁹

Há quem identifique, com o advento do Estado liberal – e, posteriormente, do Estado democrático – e a superação do Estado absoluto, um esgotamento da soberania, porquanto desaparece a forma de organização do poder que teve seu ponto de força nesse

⁶⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. p. 77.

⁶⁶ “É *indivisível*, no sentido de que é por essência *una* e, se for delegada, está integralmente em cada delegação” (CHÂTELET, François... **História das idéias políticas**. p. 47).

⁶⁷ “É *perpétua*: não poderia sofrer as vicissitudes do tempo e, por essa razão, é transcendente. Em suma, ela é: tal como, segundo os teólogos, Deus é” (CHÂTELET, François... **História das idéias políticas**. p. 47).

⁶⁸ CHÂTELET, François... **História das idéias políticas**. p. 47.

⁶⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. p. 78.

conceito.⁷⁰

De fato a soberania, como característica de um poder supremo e ilimitado do Estado, é de difícil observação nas organizações políticas posteriores às revoluções liberais. Isso ocorre devido a uma mudança de postura em relação ao seu conceito.

Dallari observa que a evolução da definição de soberania gira em torno de sua transição de um conceito político para um conceito jurídico. Define, assim, a existência de três concepções acerca da soberania.

Inicialmente, concebida em termos puramente políticos, a soberania expressava “*o poder incontestável de querer coercitivamente e de fixar as competências*”⁷¹. Com essa definição o poder, para ser soberano, prescinde de juridicidade ou legitimidade, bastando que seja absoluto.

Uma segunda postura, estritamente jurídica, conceitua a soberania como “*o poder de decidir em última instância sobre a atributividade das normas*”⁷², sobre a eficácia do direito, podendo residir no povo ou no príncipe. Nesse sentido, a soberania encontraria limites e legitimidade na sua juridicidade.

Uma terceira posição, entendendo que os fenômenos de Estado são, ao mesmo tempo, sociais, jurídicos e políticos, entende que a soberania não pode ser entendida em termos meramente políticos, nem exclusivamente jurídicos. Dallari, filiando-se a esta terceira corrente, adota como melhor expressão do conceito de soberania, tal qual se apresenta hoje, como “*o poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência*”⁷³. A expressão “fins éticos de convivência” é compreendida como faceta da noção de bem comum. Assim, o conceito de soberania, para o autor, carece de uma feição que, não o tornando estritamente político, também não o resume ao seu elemento jurídico.

Brandão observa que essa evolução do conceito de soberania irá implicar:

⁷⁰ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais**... p. 64.

⁷¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. p. 79.

⁷² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. p. 80.

⁷³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. p. 80-81.

a) primeiramente, a limitação do exercício do poder público; b) depois, o advento das declarações do direito do homem e as constituições escritas – que vão racionalizar o poder monopolizado pelo Estado e legitimar seu exercício, por meio da democracia representativa e de um aparelho judicial inteiramente profissionalizado; c) por fim, a afirmação do princípio da “autodeterminação dos povos” e, com isso, a consolidação do Direito Internacional.⁷⁴

Chega-se hoje a uma definição de soberania bastante distinta daquela que lhe imprimiu Bodin. Conforme explica Azambuja, o poder soberano não pode mais ser concebido como despótico e arbitrário, uma vez que está subordinado a uma ordem político-jurídica de índole democrática, sendo ilegítimo o poder que não é exercido em prol da Função Social do Estado.⁷⁵

Assim, seguindo o raciocínio e a definição formulada por Dallari, pode-se afirmar que a soberania se caracteriza por ser uma⁷⁶, indivisível⁷⁷, inalienável⁷⁸ e imprescritível⁷⁹.

Quanto à titularidade da soberania, Dallari destaca as diversas concepções, divididas entre teorias teocráticas e teorias democráticas, esta subdividida em três períodos distintos e sucessivos, prevalecendo hoje a idéia de que o titular da soberania é o Estado. Leciona Dallari:

[...]. Por último, chega-se à afirmação de que o titular da soberania é o Estado, o que começaria a ser aceito na segunda metade do século passado e ganharia grande prestígio no século atual. Se a soberania é um direito, seu titular só poder ser uma pessoa jurídica. Ora, o povo, mesmo concebido como nação, não tem personalidade jurídica. Mas, como ele participa do Estado e é o elemento formador da vontade deste, a atribuição da titularidade da soberania ao Estado atende às exigências jurídicas, ao mesmo tempo em que preserva o elemento democrático. Essa última concepção é designada por Mortati como *legitimista*, pois a legitimação do soberano, que equivale ao nascimento do Estado, se dá com a consolidação da ordenação através do decurso do tempo. Quando determinada ordenação consegue positividade,

⁷⁴ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais**... p. 56-57.

⁷⁵ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. p. 68.

⁷⁶ No sentido de que não podem coexistir, em um mesmo Estado, duas soberanias.

⁷⁷ Pois se aplica à universalidade dos fatos ocorridos no Estado, não se admitindo que seja fracionada em várias partes da mesma soberania. Quando for delegada, o será na sua completude. Dallari observa que “não se deve confundir a teoria da separação dos poderes, [...], com uma forma de divisão da soberania, pois a chamada divisão de poderes é, na verdade, uma distribuição de funções”. (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. p. 81)

⁷⁸ Uma vez que unicamente o seu titular a pode exercer. (AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. p. 65)

⁷⁹ Jamais seria de fato superior se tivesse prazo para sua duração.

impondo-se ao respeito dos destinatários, e se torna estável, adquirindo caráter permanente, aí então se pode dizer que existe poder soberano.⁸⁰

Assim, o Estado é o titular da soberania, e a exerce em função do povo, no qual encontra sua legitimidade.

Em relação ao seu objeto, o poder soberano se exerce sobre os indivíduos, que a ele devem se submeter, não descurando o soberano de que é da sociedade para a qual serve que provém a sua legitimidade. Assim, deve exercer a soberania sobre o indivíduo, mas sempre em prol da realização do Bem Comum e de sua Função Social.

Dallari chama a atenção para o fato de que, popularmente, o termo soberania tem sido utilizado para designar duas situações específicas. Primeiramente a independência de um Estado em relação aos Estados estrangeiros, e “como expressão de *poder jurídico mais alto*, significando que, dentro dos limites da jurisdição do Estado, este é que tem o poder de decisão em última instância, sobre a eficácia de qualquer norma jurídica”.⁸¹

O conceito de soberania dita, diretamente, a relação entre Estado e Direito. Essa relação, por ser determinante para a concepção e o exercício da jurisdição, será objeto de análise na seção seguinte.

1.7 Estado e Direito: entre a legalidade e a justiça social

A relação entre Estado e Direito é tão íntima e gera tantas controvérsias, que alguns autores chegam a afirmar que o Estado é um sistema de normas jurídicas.

O Direito é, de fato, uma das principais ferramentas de coerção social à disposição do poder.

Conforme afirma Bobbio, até o século XVII o direito foi definido como se dividindo em duas espécies de direito, o natural e o positivo, aquele inerente à natureza humana e este ditado pelo detentor do poder no seio da organização política, postos em planos

⁸⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. p. 83.

⁸¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. p. 84.

diferentes de valoração em cada período histórico.⁸²

Bobbio explica que na época clássica não havia propriamente uma hierarquia entre direito natural e direito positivo, mas uma mera relação de preferência. O direito natural era considerado o “direito comum”, ao passo que o direito positivo era encarado como um direito especial, particular de uma dada *civitas*, que prevalecia sobre o direito natural sempre que entre eles houvesse conflito.⁸³

Na Idade Média a relação se modifica. O direito natural não é mais visto como um direito comum, mas como norma fundada na própria vontade de Deus e por este participada à razão humana, motivo pelo qual prevalecia quando em conflito com o direito positivo.⁸⁴

Com o período de declínio do Estado Medieval, a partir do século XII, ocorre, em boa parte da Europa Ocidental, com exceção dos países que, diretamente ligados à Inglaterra, adotam a chamada *common law*⁸⁵, o renascimento do direito romano, trazendo como principais consequências:

- passa-se do “irracional” ao “racional” desde os séculos XII-XIII, ao mesmo tempo que se desenvolve a idéia dum direito justo e razoável aplicável a todos;

- a preponderância da lei impõe-se sobretudo pela extensão do poder dos reis e dos grandes senhores; a noção de soberania, que se desenvolve nos séculos XIII e XIV, reconhece-lhes o poder de impor regras de direito aos seus súbditos, “porque assim lhes agrada” e “o rei é fonte de toda a justiça”.⁸⁶

É nessa passagem do Estado Medieval para o Estado Moderno que o direito positivo assume de vez papel privilegiado. Como ensina Bobbio, por obra do positivismo jurídico, direito positivo e direito natural não mais são considerados direito no mesmo sentido,

⁸² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Moura. Tradução Márcio Pugliesi *et. al.* São Paulo: Ícone, 1999. p. 24.

⁸³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico...** p. 25.

⁸⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico...** p. 25.

⁸⁵ Expressão que designa o direito comum da Inglaterra, elaborado a partir do século XII pelas decisões das jurisdições reais, que consideravam os costumes comuns a cada região, constituindo precedentes que se impunham aos casos subseqüentes. (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Trad. Antônio M. Espanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 207-208)

⁸⁶ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Trad. Antônio M. Espanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 204.

“o direito positivo é direito, o direito natural não é direito”.⁸⁷

Gilissen chama a atenção para a radical mudança de postura operada a partir de então. Afirmar ele que, entre os séculos X e XII, o direito da maior parte da Europa é essencialmente consuetudinário, ao passo que, no século XIX, torna-se quase que exclusivamente de origem legislativa, passando o costume a ocupar um papel secundário, de mero preenchimento de lacunas do sistema legal.⁸⁸

Ocorre o que Bobbio denominou de “*processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado*”⁸⁹. Com a sua formação o Estado Moderno assume o monopólio da produção jurídica e da aplicação do direito, não admitindo qualquer espécie de concorrência.

Essa unificação, observa Gilissen, é um meio encontrado pelos soberanos de tendência absolutista para eliminar as particularidades regionais e locais. Os feudos perdem quase todo o poder legislativo, que emana exclusivamente do monarca, assim como as leis da igreja não mais concorrem com as leis do Estado.⁹⁰

Ao afirmar que o Estado passa a monopolizar a aplicação e a criação do direito, se está afirmando que, para que seja válida, no seio da sociedade política, a regra de conduta necessita ser ratificada pelo Estado. Embora seja construído socialmente, historicamente, o direito, no Estado Moderno, para que tenha validade, eficácia e possa ser exigido o seu cumprimento, requer a chancela estatal.

A partir de então a relação entre Estado e Direito torna-se ainda mais importante. O Estado Moderno em seu nascimento, essencialmente absolutista, fonte exclusiva das normas, não encontra limites, não se submete sequer às leis por ele emanadas, sobre as quais tem o poder de dá-las e retirá-las da forma que lhe aprouver, como visto alhures. Não se fala em lei justa, mas sim em lei legítima, e a legitimidade decorre exclusivamente da origem da norma. A lei se impõe pela simples circunstância de emanar de um poder soberano.

⁸⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico...** p. 26.

⁸⁸ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** p. 273.

⁸⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico...** p. 27.

⁹⁰ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** p. 247.

Esse absolutismo, como já visto, é combatido pelas revoluções burguesas que, inspiradas nas idéias políticas e jurídicas de pensadores dos séculos XVII e XVIII, principalmente Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu e Sieyès, defendem a existência de direitos que transcendem ao Estado, que encontra no povo o princípio e o fim do poder Soberano. As ações do Estado, agora, legitimam-se por sua vinculação ao Bem Comum ou Interesse Coletivo, à vontade geral de que fala Rousseau. As novas diretrizes e princípios do poder legítimo são fixadas em Cartas de Direitos, às quais os Estados devem submissão, por serem expressão da vontade geral.

Gilissen trata desse deslocamento da soberania e, conseqüentemente, da fonte do direito:

Desde os inícios da Revolução Francesa que o rei de França perde o direito de legislar sozinho; o poder legislativo passa para os estados Gerais que se proclamaram Assembléia Constituinte desde Junho de 1789. Daí em diante, é a nação, e não já o rei, que é soberano. Todos os poderes emanam da nação, princípio proclamado pela maior parte das constituições. Entre estes poderes, é sobretudo o poder legislativo que é exercido pelos representantes da nação, eleitos pelos cidadãos.⁹¹

Segundo Gilissen, o sistema jurídico ocidental, a partir das revoluções burguesas do século XVIII, é construído sobre a base de uma diversidade de teorias políticas, destacadas a *teoria da soberania nacional* (a soberania, que no advento do estado Moderno concentrava-se nas mãos do monarca, passa à nação), a *teoria do regime representativo* (a nação, soberana, designa os seus representantes, que serão porta-vozes da vontade geral, fixando as regras jurídicas que limitam os direitos naturais dos indivíduos, motivo pelo qual perdura a idéia de que somente a lei é direito, não mais por simplesmente emanar de um poder soberano, mas por ser expressão da vontade geral, manifestada pelos representantes do povo) e a *teoria da separação dos poderes* (formulada com o fim de impedir os abusos de poder, os três poderes não conhecem outra fonte do direito que não seja a lei).⁹²

Todos esses fatores – monopólio estatal do direito; soberania nacional; separação dos poderes –, extremamente relevantes naquele momento histórico, como meio encontrado pela burguesia em ascensão para lutar contra o absolutismo monárquico, passam a ser questionados nos séculos seguintes.

⁹¹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 418.

⁹² GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 414-415.

A começar pela soberania nacional, que, a partir das teorias legitimistas, volta a estar diretamente ligada ao Estado, mantendo-se, porém, vinculada à vontade geral, pressuposto de sua validade.

Sobre as críticas direcionadas ao monopólio estatal do direito assevera Gilissen:

Esta concepção do direito [positivismo legalista] dominou largamente no séc. XIX em França e na maior parte dos países de direito romanista. Combatida duramente no séc. XX por numerosos juristas que admitem uma certa autoridade jurídica do costume, da jurisprudência, da doutrina, da equidade, dos princípios gerais do direito, e que lhes reconhecem mesmo a dignidade de fontes do direito, ela resistiu no campo dos práticos; os juízes procuram quase sempre encontrar um texto legislativo para justificar a sua decisão. A lei invadiu, de resto, no nosso século, domínios deixados precedentemente pelo costume, por exemplo os direitos infra-estatais, tais como os direitos profissionais e os disciplinares.⁹³

Passada a Revolução Francesa, o monopólio estatal da dicção do direito vai aos poucos enfraquecendo. Reconhece-se a importância das demais fontes do direito, até chegar-se às teorias do pluralismo jurídico, embora o alcance prático de tais concepções esbarre, ainda, em um Poder Judiciário extremamente legalista.

A aplicação do direito, porém, não segue a mesma tendência, o que, reafirme-se, tem freado as insurgências contra as concepções positivistas. O Estado mantém o monopólio da aplicação do direito, que exerce essencialmente por meio do Poder Judiciário, sendo bastante recentes as buscas por soluções não estatais para os conflitos de interesses.

A Teoria da Separação dos Poderes, um dos dogmas da modernidade, também passa por fortes questionamentos. Ovídio Baptista resume os principais argumentos relacionados à relativização da teoria sistematizada por Montesquieu:

A configuração contemporânea da premissa da separação dos Poderes, como essencial ao denominado *Estado de Direito*, revela duas questões fundamentais, que constituem modernamente objeto de intensa elaboração doutrinária: I) o problema da “plenitude do ordenamento jurídico”, que haveria de ser editado por um legislador tão sábio a ponto de dispensar a “criação jurisprudencial do direito”, dogma que o pensamento jurídico contemporâneo decididamente recusa; II) a questão da jurisdição como atividade complementar da função legislativa e não como a doutrina clássica

⁹³ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 417.

a supunha, atividade mais próxima da função administrativa.⁹⁴

Todos esses novos fatores, que irão influir diretamente no atual conceito de Direito, bem como na relação entre Estado e Direito, extrapolam os limites e as possibilidades do presente trabalho, não obstante a relevância da pesquisa.

Adotando uma definição mais abrangente de Direito, que pode ser observada em todos os momentos históricos mencionados, Bobbio afirma ser “um conjunto de regras que são consideradas (ou sentidas) como obrigatórias em uma determinada sociedade”, porque impostas coercitivamente por um terceiro que intervém no conflito com a função de dirimi-lo.⁹⁵

Encarado pelo seu aspecto sociológico, o direito é uma forma de controle social, a mais importante dos tempos modernos, entendido como “o conjunto de instrumentos de que a sociedade dispõe na sua tendência à imposição dos modelos culturais, dos ideais coletivos e dos valores que persegue”⁹⁶, objetivando a solução dos conflitos.

Importa, ao final do presente capítulo, observar que a jurisdição, seja como poder-dever, função ou atividade que incumbe ao Estado, que a exerce essencialmente por meio do Poder Judiciário, surge vinculada ao conceito de soberania e pressupõe o monopólio estatal da produção e aplicação do direito, ressalvadas as mencionadas críticas formuladas contra as teorias da separação dos poderes e do positivismo jurídico, cuja aplicação prática vem sendo sensivelmente percebida nas últimas décadas.

Nesse passo, feita uma sucinta análise da formação e das características dos Estados Moderno e Contemporâneo, passe-se ao estudo da Jurisdição, que juntamente com a Ação e o Processo forma a tríade da ciência processual, para, ao fim, demonstrar que o direito do réu à jurisdição penal vem sendo violado pelos Tribunais brasileiros.

⁹⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 12-13.

⁹⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico...** p. 27.

⁹⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 19.

2 JURISDIÇÃO, AÇÃO E PROCESSO

2.1 À guisa de introdução

O estudo da jurisdição, a que se propõe o presente capítulo, não pode se dar, como observa Castillo, desvinculado do estudo dos conceitos de ação e processo, a tríade sobre a qual se forma a ciência processual. Não obstante, tendo em vista as necessidades e possibilidades do presente trabalho, o estudo estará centrado no conceito de jurisdição, sendo que ação e processo serão analisados de maneira detida, partindo da idéia de que a ação é o meio posto à disposição do jurisdicionado para provocar, e o processo o veículo pelo qual se exerce a jurisdição.⁹⁷

Necessário, antes de adentrar o estudo da jurisdição, observar que, embora o foco do trabalho seja a jurisdição penal, em princípio, não se pode distingui-la da jurisdição civil.

O tema tem gerado profundas discussões entre os processualistas partidários e contrários à tese da unidade da dogmática processual.

Um dos principais processualistas brasileiros a defender a dualidade da dogmática processual, centrando seu estudo no processo penal, é Rogério de Lauria Tucci. O autor sustenta a impossibilidade de identificação da jurisdição penal com a chamada jurisdição contenciosa ou extrapenal, afirmando que naquela observa-se a “*abstração da existência da lide, contraditório real e indispositivo, ou indisponível, e coisa julgada sui generis, referida à causa penal objetivada no processo*” (destacado no original)⁹⁸.

A maioria dos processualistas brasileiros, entretanto, defende a unidade da jurisdição, bem como da dogmática processual, embora os argumentos para tanto sejam os mais diversos, por vezes complementares.

⁹⁷ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Estudios de teoria general e historia del proceso** (1945-1972). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974. p. 29.

⁹⁸ TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal** (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 52.

A divisão da ciência processual em civil e penal é, segundo Bonfim, de cunho prático, uma vez que a diferença entre um e outro não está na essência, mas na *natureza do conflito*, ou seja, está no direito material e não no direito processual.⁹⁹

Tourinho Filho, observando que a maioria daqueles que não admite a unidade da jurisdição o faz afirmando a inexistência de lide no processo penal, defende a unidade por identificar uma “lide penal”, *sui generis*, diferente da lide civil concebida por Carnelutti, posto que o “interesse do réu em não sofrer restrição na sua liberdade, tenha ou não razão, contrapõe-se ao interesse do Estado, que é de puni-lo, se culpado for”¹⁰⁰. Assim, o processo é uno, pois nada mais representa do que um substitutivo à vingança privada.

Se considerada a jurisdição como um dos elementos constitutivos do Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos encontram-se positivados em uma Constituição formal, a jurisdição é unificada pela sua previsão nessa. É o que afirma Grecco Filho. Assim, a jurisdição como função e atividade estatal, está prevista constitucionalmente, reforçando sua unidade.¹⁰¹

É possível mencionar, ainda, a opinião de Frederico Marques, para quem “o processo, como instrumento de atuação da lei, é um só. Regras procedimentais diversas que, em um ou outro, possam existir, não constituem motivo suficiente para fazer-se do processo civil e do processo penal categorias estanques”¹⁰²; e de Cintra, Grinover e Dinamarco, que defendem tese semelhante a de Tourinho Filho, com a diferença que, em vez de “lide penal”, falam em “controvérsia penal”¹⁰³.

Por sua clareza, e para que não reste qualquer dúvida a respeito da unidade da ciência processual, oportuno mencionar lição de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo que, após analisar detidamente os argumentos contrários à unidade da jurisdição, afirma:

[...] nem um único dos argumentos diferenciadores aduzidos possui valor absoluto, e, portanto, mesmo quando em um determinado país e num dado momento histórico existam divergências de ordem legal, expressamente

⁹⁹ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 7.

¹⁰⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 9.

¹⁰¹ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 1.

¹⁰² MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. p. 11.

¹⁰³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo... **Teoria geral do processo**. p. 128.

reconhecidas, entre processo civil e processo penal – no sentido, por exemplo, de ser aquele escrito, continuado, disponível, com verdade formal e prova limitada, submetido ao duplo grau e julgado por juiz togado, e este, ao contrário, oral, concentrado, indisponível, com verdade material e livre convicção, de única instância e com jurados leigos, não basta, porém, para destruir a sua unidade essencial. Porquê? Pois não há como confundir *unidade com identidade*, [...], um e outro processo são ramos do mesmo tronco, com uma série de conceitos, princípios e instituições *comuns*, agrupados em uma disciplina prévia, que serve de fundamento e de ligação a todos eles. Assim, utilizando uma terminologia jurídico-gramatical, nas diferentes expressões, processual representa o (não é) *substantivo*, e civil, penal, administrativo, etc., o *adjetivo*, a ponto de, em países com um único código de procedimento, os últimos qualificativos serem desnecessários.¹⁰⁴ (tradução nossa)

Assim, admitindo que há uma unidade entre os ramos processuais (civil, penal, administrativo, etc.), pode-se falar em uma teoria geral do processo, que servirá de base para a exposição procedida a seguir.

Não se pode olvidar, entretanto, que, embora haja uma união entre os ramos processuais, uma teoria geral, não há identidade entre eles, motivo pelo qual o direito à jurisdição, comum a todos os ramos processuais (uma vez que consiste em um poder dever do Estado, decorrente de sua Soberania, e que não se vincula ao, ou não se modifica conforme a natureza do direito material discutido), constitucionalizado no Estado Democrático de Direito, deve ser analisado também conforme as peculiaridades e com base nos princípios norteadores do Processo Penal.

Por fim, necessário mencionar que, nos limites do presente trabalho, as diversas teorias formuladas a respeito do conceito, natureza e finalidade da tríade formadora da ciência processual (jurisdição, ação e processo), serão simplesmente mencionadas e indicada aquela que servirá de sustentação ao presente trabalho, bem como as razões da opção. O estudo não comporta o contraponto a cada uma delas isoladamente, para o que se

¹⁰⁴ [...] ni uno solo de los argumentos diferenciadores aducidos posee valor absoluto, y por tanto, aun cuando en un determinado país y en un concreto momento histórico existan divergencias iuspositivas, inclusive acusadas, entre proceso civil y proceso penal – en el sentido, verbigracia, de ser aquél escrito, continuado, dispositivo, con verdad formal y prueba tasada, de doble grado y ante juzgador jurista, y éste, por el contrario, oral, concentrado, oficializado, con verdad material y libre convicción, de única instancia y con jurado, no bastan sin embargo, para destruir su unidad esencial ¿Por qué? Pues porque no hay que confundir unidad con identidad, [...]. uno y otro proceso son ramas de un mismo tronco, con una serie de conceptos, instituciones y principios comunes, agrupables en un curso previo, que serviría de base y de enlace a todos ellos. De ahí que con terminología jurídico-gramatical, en las rúbricas correspondientes, procesal represente lo (no el) substantivo, y civil, penal, administrativo, etc., lo adjetivo, hasta el extremo de que en los países con código de enjuiciamiento único, los últimos calificados no aparecen. (CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Estudios de teoría...** p. 583)

remete à obra de Alcalá-Zamora y Castillo, na qual o autor faz um estudo minucioso sobre as diversas teorias dando as razões de sua divergência, que serve de marco teórico para este estudo monográfico.

2.2 Jurisdição: para além da dicção do direito

Assim como o conceito de Estado, designando uma ordem jurídica soberana em um determinado território, somente surge com o Estado Moderno, embora muitos autores utilizem o termo ao se referirem às organizações políticas anteriores a ele, também a jurisdição, por emanar do poder soberano do Estado, característica peculiar ao Estado Moderno, somente pode ser identificada a partir dele.

Isso porque, como se verá, a tradução literal da palavra jurisdição (*ius dictum*), dizer o direito, já utilizada na antiguidade clássica, não alcança o seu conceito atual, não corresponde ao seu significado prático, uma vez que os elementos centrais para a determinação do conceito de jurisdição surgem somente com o Estado Moderno.

Sem ater-se à definição do momento histórico no qual surge o conceito de jurisdição, Castillo afirma que, na atualidade, para entendê-la, deve-se partir da existência do Estado. Explica o autor que, proibida pelo Estado a autodefesa, como requisito para uma harmônica convivência em sociedade, e não sendo possível impor aos conflitantes a autocomposição, o Estado – considerado o termo no seu sentido mais abrangente, designando qualquer organização política – assume o compromisso de “fazer justiça” nos casos a ele submetidos, por meio de um terceiro imparcial.¹⁰⁵

Como se observa na lição de Castillo, o julgador assume o compromisso de dirimir os conflitos com base na justiça do caso concreto, ou seja, em princípio, não se vincula à aplicação da lei, mas à promoção da justiça.

É com a centralização do poder nas mãos de um ente soberano, detentor do monopólio da produção do direito, que se dá a vinculação do julgador à lei. O juiz é considerado, na formação do Estado Moderno, mera “boca da lei”.

¹⁰⁵ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Estudios de teoria...** p. 32-33.

Bonfim, com base nessa concepção, afirma que seria um problema que o próprio Estado fosse o encarregado de livremente criar as normas e depois cumpri-las, não encontrando qualquer limite, o que ocorria com o absolutismo monárquico que imperava na Europa na formação do Estado Moderno.¹⁰⁶

Insurgindo-se contra esse absolutismo, a burguesia em ascensão trava sua luta contra a nobreza, revolucionando a organização da sociedade política, contexto no qual a lei passa a ser expressão máxima da justiça, por ter sua origem na vontade geral. A soberania, embora tenha o Estado como seu titular, legitima-se na nação, obrigando que seu exercício tenha por finalidade a promoção do Bem Comum e do Interesse Coletivo, requisito de sua legitimidade.

É a partir da formação do Estado Liberal ou Estado de Direito, com todas as características já exploradas, que se pode compreender o atual conceito de jurisdição.

Como observa Ovídio Baptista, a partir do Estado Moderno a idéia de direito remete à jurisdição. Conforme exposto no capítulo anterior, o positivismo jurídico, embora fortemente criticado ao longo do último século, ainda dita as regras do pensamento jurídico contemporâneo, (re)afirmando o monopólio do Estado na produção do direito, seja legislando, seja jurisdicionando.¹⁰⁷

Oportuno transcrever a lição de Ovídio sobre o raciocínio que vincula o conceito de jurisdição às teorias da formação do Estado típicas das revoluções burguesas:

Afastada como teve de ser, a defesa privada, levada a efeito pelo próprio titular do direito, em regime de autotutela, já porque este tipo de realização da ordem jurídica gera uma constante inquietude e compromete a convivência social, já porque a realização privada do direito nem sempre resultará na vitória daquele que efetivamente tinha razão, mas acabará impondo a preponderância do interesse do mais forte, ou do mais astuto (FRIEDRICH LENT, *diritto processuale civile tedesco*, p. 16), a exigência de submeterem-se as pretensões daqueles que se digam titulares de algum direito, eventualmente ameaçado ou já vulnerado por quem deveria cumpri-lo, a uma prévia averiguação de sua verdadeira existência e legitimidade faz com que a relação originalmente existente entre o titular do direito e o titular do dever jurídico, do ponto de vista do primeiro, dê origem a uma *segunda relação*, por meio da qual aquele que afirma ser titular do direito – impedido de realizá-lo por seus próprios meios – terá de exigir do Estado seu auxílio

¹⁰⁶ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. p. 3.

¹⁰⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. p. 11.

(tutela), a fim de que este, através de uma instituição, especialmente criada para tal fim (o Poder Judiciário), o torne realizado, segundo a lei.¹⁰⁸

Percebe-se como estão implícitas na lição as teorias que sustentam o Estado Moderno, tais como a idéia de Soberania estatal (cuja legitimidade, como visto, repousa no povo e na realização do Bem Comum e do Interesse Coletivo); o monopólio da produção e da aplicação do direito (expressão da vontade geral); e a separação dos poderes.

A premissa, em relação às normas penais, ganha ainda mais força, sendo completamente afastada a imposição de qualquer tipo de sanção sem o exercício da jurisdição. Não por ser esta diferente da jurisdição no processo civil, mas sim em razão das peculiaridades do direito material veiculado.

Diferentemente do direito civil, que por diversas formas opera a partir da vontade dos indivíduos, o direito penal é estático e não opera, não pode ser aplicado, sem que o Estado exerça a jurisdição, por meio do processo, provocado pela acusação, garantido ao réu a defesa de sua pretensão (o direito de ação na sua faceta negativa, ou seja, de defesa ou reação).

Ao indivíduo é vedada a possibilidade de impor qualquer tipo de sanção criminal, uma vez que pertence à sociedade o direito de punir, o *jus puniendi*, cujo exercício incumbe ao Estado. Nem mesmo na legítima defesa (na qual o indivíduo não aplica sanção, mas defende um direito seu de agressão injusta) ou nos crimes de Ação Penal Privada (nos quais há somente uma substituição processual) está o indivíduo aplicando sanção. Ratificando a afirmação, tem-se a criminalização do exercício arbitrário das próprias razões, que no Brasil está tipificado no artigo 345 do Código Penal.¹⁰⁹

Ocorre que, embora caiba ao Estado a aplicação da sanção penal, ou seja, a realização do direito objetivo, nem mesmo ele pode fazê-lo sem que seja por meio do processo e, conseqüentemente, da jurisdição.

Frederico Marques observa que “sem que o Estado demonstre a existência do *jus puniendi*, de forma a não violar com a aplicação da pena o *jus libertatis* do indigitado

¹⁰⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. p. 2.

¹⁰⁹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. p. 4.

autor do crime, não pode ser imposta a sanção penal adequada”.¹¹⁰

Assim, no Estado de Direito, característico dos Estados pós-revolução burguesa (Moderno e Contemporâneo, conforme a divisão procedida no capítulo 1), no seio do qual é vedada a autotutela, nem mesmo o Estado está autorizado a exercer a autodefesa, devendo lançar mão da função jurisdicional para exercer o *jus puniendi*.

Em contrapartida, o Estado, que detém o monopólio da força legítima, assume o dever de prestar a tutela jurisdicional sempre que provocado. Efetivamente, a função jurisdicional é um poder-dever, uma vez que, antes de ser exercício de uma fração do Poder do Estado, tem a finalidade de cumprir uma promessa deste, no sentido de que, em troca da autotutela, resolveria os casos litigiosos levados ao seu conhecimento, o que será mais bem explorado a seguir.

Contemporaneamente, a jurisdição é matéria constitucional por excelência, não só do ponto de vista de sua organização ou de sua finalidade, mas do “dever do Estado de exercer parcela de seu Poder para resolver os litígios, reais ou não, que qualquer pessoa alegue perante o órgão ou juiz a quem a Constituição impute esse poder-dever”¹¹¹.

Feitas essas observações preliminares e a partir delas, cumpre definir o conceito de jurisdição.

Segundo Castillo, ao buscar o conceito de jurisdição, considerado como um dos três institutos fundamentais da ciência processual, juntamente com os da ação e do processo, o pesquisador depara com quatro grandes formas de abordagem.

A primeira delas refere-se à diversidade de significados atribuídos ao vocábulo. Utiliza-se o termo jurisdição para designar a esfera de ação ou o conjunto de atribuições conferidas a determinados órgãos, entidades ou funcionários, relacionadas com a solução de litígios ou controvérsias juridicamente apreciáveis. Ocorre que, por obra de uma confusão observável no uso comum do termo, confunde-se a *atividade* com o *território*, com o que, impropriamente, se denomina “jurisdição” o território em que a atividade se

¹¹⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. p. 7.

¹¹¹ BRANDÃO, Paulo de Tarso ; MARTINS, Douglas Roberto. Julgamento antecipado da lide, direito à prova e acesso à justiça. In: Alexandre Moraes da Rosa. (Org.). **Para um direito democrático: diálogos sobre paradoxos**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 13.

desenvolve, seja ou não de natureza jurisdicional, como, por exemplo, ao se afirmar que a Polícia Rodoviária Federal possui “jurisdição” sobre as rodovias federais.¹¹²

A segunda forma de abordagem apontada por Castillo consiste em definir a que ramo do direito pertence o estudo da jurisdição: se ao direito constitucional ou ao direito processual. Castillo afirma que este é um problema meramente aparente, uma vez que ao direito constitucional cabe o estudo da jurisdição de um ponto de vista estático, ou seja, como atributo da soberania do Estado, e ao direito processual toca a análise da jurisdição de um ponto de vista dinâmico, pois, considerando-se a correlatividade entre jurisdição e processo, é por meio deste que se move aquela.¹¹³

A terceira direção a ser tomada, e que será melhor analisada a seguir, consiste em diferenciar jurisdição de legislação e, principalmente, de administração.¹¹⁴

Por último, trabalhando já no âmbito do direito processual, Castillo aponta uma série de questionamentos possíveis:

Por último, já no âmbito processual, e como quarta das direções anunciadas, a jurisdição gera dúvidas de três tipos: *a)* em termos dos seus elementos integrantes ou constitutivos; *b)* em relação a sua extensão ou, mais especificamente, se as tarefas de execução e de acautelamento envolvem ou não o exercício do poder jurisdicional; e *c)* seguindo a sua freqüente associação e até mesmo confusão com a limitada idéia de *competência*, que não seria senão a medida da jurisdição, ou, se preferir, a porção jurisdicional que detém um determinado julgador, exceto para o caso raro de um sistema jurídico que tenha apenas um órgão jurisdicional, caso em que os dois conceitos se confundem, reduzindo à unidade dividendo, divisor e consciente.¹¹⁵ (tradução nossa)

Maior relevância para o presente trabalho tem a terceira das direções apontadas por Castillo, em razão de sua maior relação com as atividades, funções ou poderes do Estado, por trabalhar a jurisdição em sua gênese. Será abordada, ainda, a primeira das três

¹¹² CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Estudios de teoria...** p. 29.

¹¹³ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Estudios de teoria...** p. 29-30.

¹¹⁴ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Estudios de teoria...** p. 30.

¹¹⁵ Por último, ya dentro del ámbito procesal, y como cuarta de las direcciones anunciadas, la jurisdicción origina dudas de tres clases: *a)* en cuanto a sus elementos integrantes o constitutivos; *b)* respecto a su extensión o, más concretamente, acerca de si las tareas de aseguramiento y de ejecución entrañan o no ejercicio de potestad jurisdicente, y *c)* en orden a su frecuente asociación y aun confusión con la más circunscrita idea de competencia, que no sería sino la medida de aquella o, si se prefiere, la porción jurisdiccional detentada por un determinado juzgador, excepto la rarísima hipótesis de que un ordenamiento cuente con un sólo órgano jurisdiccional, en cuyo caso ambas nociones se refunden, al reducirse a unidad dividendo, divisor y conciente. (CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Estudios de teoria...** p. 30-31)

classes que compõe a quarta direção apontada pelo autor, consistente no estudo dos elementos integrantes da jurisdição, além dos conceitos de Ação e Processo.

A delimitação da jurisdição em face da atividade legislativa não gera maiores dificuldades, uma vez que esta diz respeito à criação das normas jurídicas de caráter geral e aquela a sua aplicação. Complicada é a separação entre jurisdição e administração, pois ambas as atividades referem-se à aplicação das normas.

Oportuno lembrar que as atividades legislativa, administrativa e jurisdicional não são exclusivas dos poderes legislativo, executivo e judiciário, respectivamente, visto que, como mencionado no capítulo anterior, não se observa na prática uma separação rígida de tais atividades entre os três poderes, sendo que todos eles realizam atos das três naturezas. A divisão, tal qual pensada por Montesquieu (se é que de fato por ele foi pensada uma separação rígida entre órgãos) com a finalidade de conter o absolutismo monárquico, perdeu sua funcionalidade ao longo dos séculos.

A diferenciação entre jurisdição e administração tem seguido duas séries de teorias, as subjetivas ou organicistas e as objetivas, subdividindo-se estas segundo o critério adotado (desenvolvimento e finalidade).¹¹⁶

Segundo as teorias subjetivas ou organicistas, somente seria possível diferenciar as atividades administrativa e jurisdicional segundo o agente que intervém no caso concreto e a forma de intervenção. Assim, um ato praticado por um agente ligado ao poder judiciário seria, necessariamente, jurisdicional. Além das críticas já formuladas em relação à rigidez da separação dos poderes na atualidade, Castillo argumenta, contra essa teoria, o fato de que a definição de jurisdição estaria entregue ao direito positivo, sujeita a flutuações constantes, porque uma alteração na legislação, passando a atividade de um para outro poder, mudaria a natureza do ato. Em razão da pouca solidez, Castillo afirma que tais teorias não conseguem captar a essência da jurisdição.¹¹⁷

Segundo as teorias objetivas que adotam como critério diferenciador o desenvolvimento, a atividade administrativa se caracterizaria por estar envolta pelo princípio da discricionariedade, ao passo que a atividade jurisdicional obedeceria ao princípio da

¹¹⁶ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Estudios de teoria...** p. 34-35.

¹¹⁷ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Estudios de teoria...** p. 37.

legalidade.

Castillo opõe a essa corrente o argumento de que é fácil perceber que nem a discricionariedade administrativa nem a legalidade da atividade jurisdicional são absolutas¹¹⁸. A vinculação estrita do julgador ao direito estatal já de muito foi superada pelo pensamento jurídico, não havendo mais como se interpretar a atividade jurisdicional como mera aplicação da lei ao caso concreto.

Por fim, há as teorias objetivas que adotam como critério diferenciador a finalidade, para as quais a jurisdição tem por finalidade a “comprovação de uma situação jurídica com força de verdade legal (*rectius*, judicial)”¹¹⁹, ou seja, uma decisão com força de coisa julgada.

A esta teoria Castillo opõe três razões: embora seja uma de suas conseqüências naturais, nem sempre a função jurisdicional alcança a coisa julgada; há jurisdição, e, portanto, direito a ela, muito antes e independentemente de ser produzida a coisa julgada; sem tanta força, pode-se opor o fato de que muitos doutrinadores estendem a noção de coisa julgada à instância administrativa, o que a impossibilita de servir como critério de individualização da jurisdição.¹²⁰

Advertindo, então, para o fato de que outros critérios de menor expressão são englobados pelas teorias brevemente abordadas, Castillo afirma que todas elas cometem o erro essencial de buscar diferenciar administração e jurisdição com base em um único critério, o que, para o autor, não é possível. É da conjugação de uma série de fatores que se pode chegar ao conceito de jurisdição e, assim, diferenciá-la da administração. Neste sentido afirma:

Dessa forma, a jurisdição aparece como a *soma de quatro elementos: dois subjetivos* – as *partes* que pedem e o *julgador* que decide - e outros *dois objetivos* - o *conflito*, reflexo das pretensões normalmente opostas das partes, e o *processo*, que serve para confrontá-las até a definição que acerca delas

¹¹⁸ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Estudios de teoria...** p. 38-39.

¹¹⁹ comprobación de una situación jurídica con fuerza de verdad legal (*rectius*, judicial). (CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Estudios de teoria...** p. 42)

¹²⁰ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Estudios de teoria...** p. 43.

recaía [...].¹²¹ (tradução livre)

Partindo dessa consideração o autor passa a apontar uma série de fatores que devem ser considerados antes de se conceituar a jurisdição.

Inicialmente, afirma que a atividade jurisdicional se manifesta em quatro direções distintas: a de conhecimento, que é essencial; a de execução, complementar da fase de conhecimento, quando necessária (observa que, nas causas penais, por ser atividade exclusiva do Estado a aplicação da sanção, a fase de execução é essencial); por vezes, uma fase preliminar que serve de preparação para a fase de conhecimento; e, por fim, eventualmente, uma assessória ou cautelar.¹²²

Após observar que não há que se confundir processo (necessário à jurisdição e garantia de imparcialidade) com procedimento (prescindível e mutável), Castillo conceitua a jurisdição como:

[...]: função desenvolvida pelo Estado para (a) conhecer, (b) em um momento decidir e (c), se necessário, executar a sentença emitida com caráter imperativo por um terceiro imparcial, investido por aquele e posicionado "acima das partes", acerca de uma ou mais pretensões jurídicas deduzidas pelas partes e formuladas perante o julgador por meio do processo adequado, no qual poderiam ter havido também ações preliminares ou acautelatórias.¹²³ (tradução nossa)

Partindo desse conceito, é possível analisar outros formulados por processualistas brasileiros, confrontando-os, a fim de observar as semelhanças e divergências.

Um conceito simplório é fornecido por Bonfim. Partindo da etimologia da palavra - que deriva do latim *jurisdictio*, que significa, traduzindo literalmente, a dicção do que é o direito - afirma que jurisdição é “dizer qual é e como é o direito; em outras palavras,

¹²¹ Así las cosas, la jurisdicción aparece como la suma de cuatro elementos: dos subjetivos – unas partes que piden y un juzgador que decide – y otros dos objetivos – el litigio, que refleja las normalmente enfrentadas pretensiones de los contendientes, y el proceso, que sirve para encauzarlas hacia la definición que acerca de ellas recaiga [...]. (CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Estudios de teoría...** p. 52)

¹²² CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Estudios de teoría...** p. 53.

¹²³ [...]: función desenvuelta por el Estado para (a) conocer, (b) en su día decidir y (c), en su caso, ejecutar la sentencia firme emitida con carácter imperativo por un tercero imparcial, instituido por aquél y situado “supra partes”, acerca de una o más pretensiones litigiosas deducidas por los contendientes y canalizadas ante el juzgador a través del correspondiente proceso, en el que podrían haber mediado también actuaciones preliminares o asegurativas. (CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Estudios de teoría...** p. 57-58)

administrar justiça”.¹²⁴

Castillo observa que a mera tradução literal da palavra jurisdição não alcança o seu conteúdo. Observa que o *ius dicunt* ocorre não só quando o juiz, mediante sentença, decide uma questão para compor um litígio, mas, também, quando o particular contrata, fazendo deste documento lei entre os contratantes, ou quando o legislador formula uma lei, estão todos “dizendo o direito”. “Em suma, este poder pertence, não só ao juiz, mas também a qualquer pessoa cuja declaração possua o caráter de *fonte do direito*” (tradução livre).¹²⁵

O termo jurisdição assume, modernamente, três acepções diversas, conforme explica Frederico Marques:

A jurisdição é, em primeiro lugar, um poder, porque atua cogentemente como manifestação da potestade do Estado e o faz definitivamente em face das partes em conflito; é também uma função, porque cumpre a finalidade de fazer valer a ordem jurídica posta em dúvida em virtude de uma pretensão resistida; e, ainda, é uma atividade, consiste numa série de atos e manifestações externas de declaração do direito e de concretização de obrigações consagradas num título.¹²⁶

Nesse sentido, pode-se afirmar que o conceito de jurisdição fornecido por Castillo melhor a reflete como uma função e uma atividade estatal. Tomada como poder, a jurisdição é mais bem conceituada por Diaz, que diz ser “o pode-dever do Estado político moderno, emanado de sua soberania, para dirimir, mediante organismos adequados, os conflitos de interesses suscitados entre os particulares e entre estes e o Estado, com a finalidade de proteger a ordem jurídica”.¹²⁷

A grande maioria dos doutrinadores brasileiros, por influência das doutrinas de Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei e Guisepppe Chiovenda, conceitua a jurisdição como sendo, em linhas gerais, o meio pelo qual se dá a atuação do direito objetivo, sendo que boa parte deles define a expressão “direito objetivo” como sinônimo de lei material.

Nesse sentido Silva Jardim afirma, com base na doutrina de Piero

¹²⁴ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. p. 62.

¹²⁵ En suma, esa potestad corresponde, no sólo al juez, sino a toda persona cuya declaración posea el carácter de fuente del derecho. (CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Estudios de teoria...** p. 58)

¹²⁶ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. p. 137.

¹²⁷ DIAZ. Clemente A. **Instituciones de derecho processal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1972. p. 14.

Calamandrei – para quem o Estado, por meio da jurisdição, defende sua autoridade de legislador –, que a finalidade da jurisdição é “garantir a observância prática do direito objetivo”.¹²⁸

Na mesma esteira é a lição de Cintra, Grinover e Dinamarco, para os quais “o escopo jurídico da jurisdição é a atuação (cumprimento, realização) das normas de direito substancial (direito objetivo)”.¹²⁹

Somam-se às concepções já citadas as opiniões de Tourinho Filho¹³⁰, que entende ser a jurisdição função desempenhada pelo Estado que, substituindo-se às partes, busca a pacificação do conflito por meio da atuação da vontade do direito objetivo, utilizando-se, para tanto, do processo; e Frederico Marques¹³¹, para quem o Estado vale-se da jurisdição para assegurar a aplicação de suas regras e preceitos em relação a uma pretensão.

Ovídio, concordando com a afirmação de que a função jurisdicional, exercida essencialmente por meio do Poder Judiciário, tem por finalidade assegurar a aplicação do direito objetivo, observa que tal afirmação não implica a vinculação do legislador à lei, conforme leciona:

As modernas correntes da filosofia do direito, contudo, procuram mostrar que a atividade de aplicação da lei pelo juiz implica, de certo modo, também uma função criadora de direito, à medida que o preceito legal, abstrato como ele é, em sua formulação genérica, não passa de um projeto de norma reguladora da conduta humana, projeto que o julgador deve completar na sentença, de modo a concretizá-la no caso particular submetido a seu julgamento.

A doutrina de CHIOVENDA, como de resto as demais de que iremos tratar, pressupõe a *plenitude do ordenamento jurídico*, tal como a pressupunham as doutrinas filosóficas de inspiração positivista, predominantes no século XIX, que ainda exercem poderosa influência no pensamento contemporâneo, particularmente as variantes *normativistas*, para as quais o direito é aquilo que o legislador edita como sendo direito, de modo que o juiz não apenas deveria ficar impedido de avaliar a eventual injustiça da lei, como seria totalmente desnecessário qualquer ato de criação do direito pelo juiz, posto que o ordenamento jurídico já teria em si mesmo todas as soluções para os

¹²⁸ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 63.

¹²⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo... **Teoria geral do processo**. p. 127.

¹³⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. p. 125.

¹³¹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. p. 62.

casos futuros.¹³²

Quando se afirma que cumpre à jurisdição a atuação do “direito objetivo”, não se pode confundir com a atuação da “lei material”, privilegiando-se uma concepção pluralista do direito. Castillo, como visto, prefere caracterizar a jurisdição de acordo com sua essência, sem vinculá-la a sua finalidade, seja a obtenção de coisa julgada, seja a realização do direito objetivo, evitando não desnaturá-la como instituto jurídico, motivo pelo qual é o conceito que se adota neste trabalho, por abarcar visão pluralista do direito.

Assim como “direito” não se confunde com “lei”, estando a visão positivista do direito há muito superada, não se pode interpretar a realização do direito objetivo como significando a realização da lei. O julgador não deve ser encarado como um autômato; ele pode e deve ser um criador do direito, sempre respeitando os direitos e garantias individuais e sociais fundamentais positivados na Constituição, mesmo que para isso tenha de ir contra a legalidade restrita.

Assim, já devidamente limitado o conceito de jurisdição, cumpre fazer menção a algumas das características que assume no bojo do ordenamento jurídico.

A doutrina aponta como características da jurisdição, que decorrem de seu conceito: *substitutividade*, pois o Estado, na condição de terceiro imparcial, substitui-se à vontade das partes; *definitividade*, característica que é mitigada pelo direito positivo, principalmente quando o direito veiculado é de natureza criminal, determina que, uma vez exaurida a atividade jurisdicional, a decisão emanada adquire o status de imutabilidade; *inércia*, no sentido de que requer a provocação do indivíduo que pretende uma solução para seu litígio para que possa se desenvolver; *indivisibilidade*, porque sendo emanção do poder soberano, não comporta divisões.¹³³

Os processualistas tratam, ainda, de mencionar uma série de princípios que informam a atuação jurisdicional, alguns dos quais se confundem com as características enumeradas: *princípio da investidura*, determinando que a jurisdição somente será exercida por quem estiver devidamente investido pelo Estado nessa função¹³⁴; *princípio da aderência*

¹³² SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. p. 17.

¹³³ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. p. 18-19.

¹³⁴ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. p. 22.

ao território, o qual determina que, como decorrência da soberania, está limitada ao território do Estado do qual emana¹³⁵; *princípio da indelegabilidade*, que impede o magistrado ou órgão de delegar a função que lhe foi atribuída¹³⁶; *princípio da inércia*, que impede os órgãos jurisdicionais de agirem de ofício, exigindo provocação do interessado para que o Estado preste a tutela jurisdicional¹³⁷; *princípio do juiz natural*, que assegura a independência e imparcialidade do julgador, cuja competência para a solução do litígio está prevista em lei ou na Constituição; e *princípio da indeclinabilidade*, que impõe àquele investido do poder-dever jurisdicional o seu exercício sempre que provocado.

Cumpra observar que a jurisdição, além de caracterizar-se como um poder, função ou atividade, é, acima de tudo, um dever do Estado para com os indivíduos, conforme observa Bonfim:

A acepção baseia-se na noção de que a concentração de poder coativo nas mãos do Estado pressupõe, por contrapartida, que esse poder esteja à disposição da sociedade quando esta dele necessitar. Assim, a jurisdição, mais do que um poder ou uma atividade, figura também como serviço que obrigatoriamente deve ser disponibilizado à sociedade, que tem, assim, por sua vez, também o poder de invocar a manifestação do Poder Judiciário, seja diretamente, seja por meio de órgãos que a representam, como o Ministério Público. Assim, a jurisdição é, igualmente, uma *função*, organizada em torno da finalidade, que é fornecer solução aos conflitos sociais.¹³⁸

Para o cidadão a jurisdição se afigura como um direito posto a sua disposição. Qualquer indivíduo tem o direito de invocar a atuação jurisdicional do Estado, que se dá por meio do Processo, sempre que julgue ser-lhe necessária a intervenção de um terceiro imparcial na solução de um litígio. Essa provocação, que vai dar origem ao Processo, veículo pelo qual irá ser desempenhada a jurisdição, ocorre por meio do que os autores chamam de “Ação”, cujo conceito será a partir de agora abordado.

¹³⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo**. p. 132.

¹³⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. p. 138.

¹³⁷ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. p. 22.

¹³⁸ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. p. 17.

2.3 Direito de Ação: entre o concreto e o abstrato

Considerando que é por meio da ação que o cidadão exerce seu direito à jurisdição, provocando o Estado para, por meio do Processo, satisfazer uma pretensão, seu estudo se faz necessário para o presente trabalho, pois qualquer cerceamento ao direito de ação, impedindo o indivíduo de ver sua pretensão apreciada, implica negativa de jurisdição, violação da obrigação assumida pelo Estado perante a Sociedade Civil.

A evolução do conceito de ação, vista como um direito do cidadão de provocar a atuação da jurisdição, envolve, em boa medida, a sua relação com o direito material por meio dela evocado.

As primeiras teorias a tratarem da ação provêm do direito romano e estão inseridas no que os processualistas chamam de escola clássica, imanentista ou civilista, para as quais a ação seria uma qualidade do próprio direito material ou o próprio direito agindo contra uma violação.¹³⁹

Era considerado titular da ação somente aquele que demonstrasse uma situação de direito material realmente existente, ou seja, somente seria titular da ação aquele que tivesse razão na sua pretensão. Havia uma forte vinculação entre o direito de ação e o direito material discutido.¹⁴⁰

Brandão identifica algumas definições para a ação que decorrem desse entendimento, consistente em identificar o direito de ação com o próprio direito material reagindo a uma violação:

[...]: “o direito em seu exercício”, segundo Vinnius; “direito em pé de guerra, reagindo contra sua ameaça ou violação”, conforme Unger; “um direito elevado à segunda potência”, na visão de Mattiolo; ou, ainda, “uma posição do direito”, no dizer de Filomusi Guelfi. A identificação do direito de ação com o próprio direito subjetivo material em exercício leva às seguintes conclusões necessárias: não há ação sem direito; não há direito sem ação. A ação segue a natureza do direito.¹⁴¹

¹³⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo... **Teoria geral do processo**. p. 246.

¹⁴⁰ TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal**... p. 59.

¹⁴¹ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais**... p. 151.

Algumas circunstâncias são identificadas como determinantes à evolução do conceito de ação, fugindo das teorias imanentistas e adentrando as teorias autonomistas. Inicialmente é possível apontar a famosa polêmica entre Bernhard Windscheid e Theodor Muther, a partir da qual se firmou a idéia de que o direito de agir é desvinculado do direito material. O direito violado é tido como pressuposto do direito de ação, porém com ele não se confunde. Contribuiu, ainda, para o surgimento e fortalecimento das teorias da ação como direito autônomo, a concepção do processo como relação jurídica, manifesta por Oskar Von Bülow, que será oportunamente explorada. Os estudos sobre a ação declaratória realizados por Adolph Wach e a definição desta como “figura geral de tutela jurídica”, pelo ZPO (Ordenança Processual Civil) alemão, fecham a lista dos fatores apontados por Tucci como fundamentais à mudança paradigmática.¹⁴²

O mais importante dos fatores apontados por Tucci deflui da polêmica travada entre Windscheid e Muther e consiste na concepção da ação como direito autônomo. Muther, em uma de suas respostas à Windscheid, sustentou que a ação consiste no direito à tutela do Estado, garantida a quem tenha um direito seu violado. A ação deixa de ser concebida como o direito material em exercício e passa a ser compreendida como o direito de provocar a tutela jurisdicional do Estado. “Trata-se de direito subjetivo público de exigir aquela tutela, mas exercitável somente a quem tenha o direito subjetivo material violado”.¹⁴³

Foi Adolf Wach quem, partindo dos estudos de Windscheid e Muther, elaborou a teoria do direito concreto à tutela jurídica, uma das primeiras teorias autonomistas do direito de ação, que é concebido como “direito a uma sentença favorável”.¹⁴⁴

Segundo a teoria de Wach, a ação é um direito autônomo, não necessariamente pressupondo uma ameaça ou violação a um direito material, conclusão a que chega com o estudo das ações declaratórias negativas, por meio das quais o autor pretende uma declaração de inexistência da relação jurídica. O direito de ação é, portanto, direito à tutela jurisdicional. Como esta só se satisfaz com uma proteção concreta, concedida ao vencedor da demanda e exercida contra o vencido, só existirá ação quando a sentença for

¹⁴² TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal...** p. 61-62.

¹⁴³ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais...** p. 153.

¹⁴⁴ TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal...** p. 66.

favorável, quando o autor obtiver a tutela da pretensão deduzida em juízo.¹⁴⁵

Segundo a teoria concreta, o direito de ação dirige-se contra o adversário e não contra o Estado, pois é contra aquele que se pleiteia a coação jurisdicional.¹⁴⁶

Conforme observa Ovídio Baptista, a maior contribuição de Wach foi afirmar que poderia haver uma pretensão formulada por meio de uma ação na qual não se buscava a realização de um direito material, mas somente pretendia-se a declaração de que nada era devido por ninguém. Há, portanto, uma relação processual que conduz a uma sentença de mérito sem que exista uma relação de direito material posta em causa pelo demandante.¹⁴⁷

Giuseppe Chiovenda, partindo da teoria do direito concreto, formula a teoria da ação como direito potestativo, que muitos autores entendem ser mera variante daquela.

Ovídio Baptista delineia com precisão as características do direito de ação segundo a teoria do direito potestativo:

Em regra, a execução da lei se dá no campo das relações sociais pela espontânea observância de seus preceitos por parte dos integrantes da comunidade jurídica. Todavia, nem sempre é assim, pois em muitos casos não têm os particulares o poder de realizar, ou de atuar, a vontade da lei por sua própria iniciativa, no âmbito privado, função esta que fica reservada a um órgão público que ou age *ex officio* ou terá de agir, para atuação da “vontade da lei”, somente quando provocado pelo interessado. Neste caso, a “atuação da lei” fica na dependência de uma condição, qual seja, a manifestação de vontade do particular interessado. A esta manifestação de vontade, capaz de pôr em movimento o órgão jurisdicional do Estado, é que se dá o nome de “ação” processual. A “ação”, pois, tal como os demais *direitos potestativos*, é um poder jurídico, por meio do qual se realiza a condição necessária para a atuação da vontade da lei, no caso concreto.¹⁴⁸

A ação é, portanto, o poder jurídico de provocar as condições necessárias à atuação da vontade da lei, titularizado por aquele que tem razão.

Desvinculando de vez o direito de ação do direito material surge a teoria do direito abstrato de agir, cujos maiores expoentes foram Heinrich Degenkolb, Adolf Plósz,

¹⁴⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo... **Teoria geral do processo**. p. 247.

¹⁴⁶ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais...** p. 155.

¹⁴⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. p. 81..

¹⁴⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. p. 82.

Alfredo Rocco e Eduardo J. Couture.

Para a teoria do direito abstrato de ação este é um “direito público e subjetivo conferido a todos indistintamente, sendo irrelevante para sua existência que o autor tenha ou não razão, seja ou não titular do direito posto em causa perante o magistrado”.¹⁴⁹

O direito de ação passa a ser compreendido como um direito geral e abstrato, pertencente a toda a comunhão social, que nasce do dever do Estado de prestar a jurisdição sempre que provocado, independentemente de o acionante ser ou não titular de direito subjetivo material. Assim, não deixa de haver ação quando o autor tem sua pretensão negada. O direito de ação traduz-se no direito à jurisdição, direito à análise da pretensão deduzida em juízo, pouco importando se a decisão é favorável ou desfavorável.¹⁵⁰

Sendo um direito subjetivo público, é exercitável contra o Estado, que tem o dever de prestar a tutela jurídica, e em face do adversário, que o obriga a comparecer em juízo. Decorre da personalidade, bastando que o autor invoque um interesse seu, protegido em abstrato pelo direito objetivo, para que o Estado preste a jurisdição. O direito de ação, como reflexo do dever estatal de prestar a jurisdição, preexiste ao conflito, sendo completamente desvinculado dele.¹⁵¹

Silva Jardim chama a atenção para a publicização do direito de ação, tendência que se faz sentir na própria evolução do conceito, principalmente com a superação das teorias imanentistas. Observa que contemporaneamente a ação é direito que decorre da obrigação constitucional do Estado de prestar a jurisdição.¹⁵²

Influenciou fortemente a dogmática processual brasileira a Teoria Eclética da Ação, que teve como precursor Enrico Tullio Liebman, principalmente pelo fato de ter o autor permanecido no Brasil durante a Segunda Guerra Mundial, o que permitiu um maior contato dos processualistas brasileiros com sua doutrina.¹⁵³

O autor propõe uma espécie de conciliação entre as teorias abstrata e

¹⁴⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. p. 84.

¹⁵⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo... **Teoria geral do processo**. p. 248.

¹⁵¹ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais**... p. 158-159.

¹⁵² JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. p. 17.

¹⁵³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo... **Teoria geral do processo**. p. 249.

concreta. Ao passo que entende a ação como um direito autônomo, encontra requisitos para o seu exercício que a vinculam ao direito material invocado.

Liebman define a ação como um direito instrumental, um poder ao qual não corresponde a obrigação do Estado, igualmente interessado na distribuição da justiça; poder correlato à *sujeição e instrumentalmente conexo a uma pretensão material*.¹⁵⁴

Por ser o direito de ação conexo a uma pretensão material é que Liebman identifica três condições para o seu exercício (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade *ad causam*). Sem que estejam presentes tais condições não haverá ação, nem mesmo jurisdição. Assim, quando o juiz julga estas questões preliminares não está exercendo verdadeira atividade jurisdicional, somente quando constatar que a pretensão comporta uma análise de mérito é que haverá ação e, conseqüentemente, prestação jurisdicional.¹⁵⁵

A Teoria Eclética do direito de Ação, presente na dogmática processual brasileira, é duramente criticada por alguns doutrinadores, principalmente por tentar conciliar duas teorias inconciliáveis, criando artificialmente uma zona comum entre dois planos distintos do direito, o plano do direito material e o do direito processual.¹⁵⁶

Sem alongar desnecessariamente a análise, pode-se afirmar que a ação, atualmente, entre os processualistas brasileiros, é definida como um direito subjetivo¹⁵⁷ público constitucionalmente consagrado, exercido contra o Estado, para que este preste a jurisdição, por quem demonstre que sua pretensão é objetiva e subjetivamente razoável.

Silva Jardim define a ação como “o direito, autônomo e abstrato, de invocar a tutela jurisdicional, manifestando uma determinada pretensão”¹⁵⁸. Cintra, Grinover e Dinamarco conceituam a ação como o “**direito ao exercício da atividade jurisdicional** (ou o

¹⁵⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo... **Teoria geral do processo**. p. 249.

¹⁵⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. p. 86.

¹⁵⁶ Para melhor compreender as críticas opostas à Teoria Eclética do Direito de Agir ver: GOMES, Fábio Luiz. Da Ação. In: SILVA, Ovídio Baptista da *et. al.* **Teoria geral do processo civil**. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1983, p. 89-128.

¹⁵⁷ Ovídio Baptista define o direito subjetivo como “a faculdade reconhecida à pessoa, pela ordem jurídica, em virtude da qual o sujeito exterioriza a sua vontade de, dentro de certos limites, para a consecução dos fins que sua própria escolha determine”. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. p. 61-62.).

¹⁵⁸ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. p. 53-54.

poder de exigir esse exercício)”¹⁵⁹. Frederico Marques observa que a constitucionalização da ação fez dela “um direito individual, um direito público subjetivo do cidadão em face do Estado, para a tutela da ordem jurídica”¹⁶⁰.

O direito de ação é assegurado a todos, indistintamente, como o direito de ser ouvido pelos tribunais, direito a uma decisão de mérito sobre a pretensão posta em juízo, havendo ou não direito material a ser tutelado.¹⁶¹

Castillo afirma que, sendo qual for a natureza jurídica da ação, apresenta ela características de “carga jurídica”, entendida essa como imperativos do próprio interesse ou “um poder cujo exercício é necessário para atingir um interesse” (tradução nossa)¹⁶².

Considerado o conceito de carga e, ainda, que ao particular – e até mesmo ao Estado, proibido que está de punir sem exercer previamente a jurisdição – é vedada a autotutela, o único caminho que resta para a realização de um direito material é deduzindo perante os tribunais a correspondente pretensão. Assim, a ação é um poder cujo exercício é necessário à realização de um direito material.

Castillo afirma ainda que a ação, tendo nascido da supressão da violência privada, substituída pela atividade da coletividade organizada, leva à conclusão de que o processo representa a substituição da *ação física* (ou ação de direito material, como quer Ovídio) pela *ação jurídica*. Assim, é possível afirmar que o Estado, obrigado a prestar a jurisdição, é o único destinatário da ação.¹⁶³

Cumprido, nesse passo, precisar a quem pertence e quem exerce, no bojo do processo, o direito de ação.

De início é necessário, com base na lição de Ovídio Baptista, conceituar pretensão, ação de direito material e ação processual.

¹⁵⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo... **Teoria geral do processo**. p. 245.

¹⁶⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. p. 344.

¹⁶¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. p. 74.

¹⁶² Una facultad cuyo ejercicio es necesario para la consecución de un interés. (CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Estudios de teoría...** p. 332)

¹⁶³ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Estudios de teoría...** p. 333.

Os conceitos de pretensão e ação de direito material, ligados ao direito objetivo, são assim formulados por Ovídio:

A distinção entre pretensão e ação de direito material está em que a pretensão – enquanto exigência – pressupõe que a realização ainda se dê como resultado de um agir espontâneo do próprio obrigado, prestando, satisfazendo a obrigação. Enquanto exijo, em exercício de pretensão, espero o cumprimento, mediante *ato voluntário* do obrigado, ainda não *ajo para a satisfação*, dispensando o ato voluntário de cumprimento. A partir do momento em que o devedor, *premido por minha exigência*, mesmo assim não cumpre a obrigação, nasce-me a *ação*. Já agora posso *agir para a satisfação*, sem contar mais com a ação voluntária do obrigado cumprindo a obrigação. A ação de direito material é, pois, o exercício do próprio direito por ato de seu titular, independentemente de qualquer atividade voluntária do obrigado.¹⁶⁴

A ação de direito material é verificada na autotutela ou autocomposição, por meio das quais o titular do direito o torna efetivo por seus próprios meios, o que, como visto, é vedado pelos sistemas jurídicos posteriores ao Estado Moderno. Nestes, a realização do direito material se dá por meio da ação processual.

Assim, vedada a ação de direito material, impedindo o indivíduo de, por suas próprias forças, realizar um direito subjetivo seu, obriga-se o Estado a efetivá-lo. Surge, então, para o indivíduo, uma *pretensão processual*, uma pretensão de tutela jurídica.

Observa Ovídio que, diferentemente do que ocorre no plano do direito material, no plano processual não basta que o indivíduo pretenda uma tutela jurídica, é necessário que ele aja para obtê-la:

[...]. Se a ordem jurídica se contentasse com a simples provocação da atividade jurisdicional, com o simples *exercício da pretensão*, enquanto exigência de tutela, deixando ao juiz toda a atividade necessária subsequente, teríamos a prestação da tutela jurisdicional mediante o simples exercício da pretensão. Todavia, não é isso que acontece. Em verdade, o autor (aquele que age), na relação processual, não só exige como, juntamente com o juiz, deve também ele exercer atividade, agindo para obter a prestação da tutela jurisdicional. A este *agir para obtê-la* dá-se o nome de “ação” processual. Antes do julgamento de procedência, no entanto, a ação de direito material é apenas uma hipótese a ser ou não confirmada pela sentença.¹⁶⁵

Feitas essas considerações, Ovídio afirma que exerce a ação aquele que *age*,

¹⁶⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. p. 67.

¹⁶⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. p. 75.

ou seja, o autor. Aquele contra quem a ação é exercida, *reage*. Embora o réu não exerça a ação, ele, assim como o autor, é titular da *pretensão de tutela jurídica*, a ele também é devida a jurisdição pelo Estado. Assim, para Ovídio, a ação processual é o meio pelo qual o titular de um direito subjetivo age para que o Estado realize por ele a ação de direito material. Sendo a pretensão de tutela jurídica um poder atribuído a qualquer pessoa de exigir do Estado a prestação da jurisdição, a tem tanto o autor quanto o réu; porém a ação processual, consistente na provocação do Estado para a realização do direito material, pertence ao autor.¹⁶⁶

Esclarecendo a questão, explica Ovídio:

Têm, pois, *direito à jurisdição* tanto o autor que põe em movimento com sua “ação” quanto o réu que apenas se defende e, mesmo sem *agir*, com sua presença em juízo, reagindo à ação contrária do autor, exige também ele que o Estado, assim provocado pela “ação”, preste-lhe idêntica tutela, decidindo a controvérsia, recusando-se a *realizar a pretensa ação de direito material* de que o autor se dissera titular, julgando a “ação” improcedente.

Castillo propõe uma concepção dinâmica da ação, chegando a conclusões diferentes das formuladas por Ovídio. Afirmo o processualista mexicano que identificar a ação com a demanda principal é limitá-la, visão que relaciona com as teorias obrigacionistas, que ligam a ação à pretensão de direito material. A ação não é, segundo ensina, um impulso que se dá à pretensão para que inicie a atividade jurisdicional, mas sim uma “vibração continuada” para que chegue ao seu destino, ou seja, à sentença de mérito. Assim, sempre que uma das partes comparece em juízo, produzindo provas, levantando questões processuais ou de mérito, recorrendo, está promovendo “ações secundárias” ou simplesmente dando continuidade à ação principal. A energia ou o “princípio anímico”, realizada pelas partes, que move o processo provém da ação.¹⁶⁷

O autor afirma que à ação pode corresponder uma reação igual e oposta. Assevera, então, que “sendo a reação da mesma natureza que a ação, no processo há duas *partes acionantes e não apenas uma*, sem mais diferenças”¹⁶⁸, porquanto ambos pertencem ao mesmo corpo de jurisdicionados, estando em um mesmo plano em relação à jurisdição, diferindo autor e réu por uma questão de precedência. Dessa concepção deflui que a atividade que corresponde à ação não é a exceção ou a reconvenção, mas sim a reação ou defesa.

¹⁶⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. p. 75.

¹⁶⁷ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Estudios de teoria...** p. 350.

¹⁶⁸ La de que siendo la reacción de igual entidad que la acción, en el proceso hay dos partes accionantes y no una sola, sin más diferencia (CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Estudios de teoría...** p. 351)

Por fim, visando reforçar sua tese, Castillo observa, conforme se entenda a posição do réu em face do direito de ação, quatro interpretações distintas para a origem da energia que admite ao réu recorrer ao juízo *ad quem*:

Suponhamos agora que, como acontece com frequência, o demandado recorra (a hipótese do recurso interposto pelo ator não nos interessa, já que seria somente a continuação da sua ação): De onde provém a energia que lhe permitirá continuar o curso do processo até o julgamento *ad quem*? Quatro respostas são possíveis, embora se entenda ilógicas as três primeiras: *a) a ação impugnativa do réu recorrente nasce da sentença impugnada*: é tese inaceitável, porque significaria que a decisão atacada iria gerar a arma com que será combatida; *b) o réu recorrente obtém a ação impugnativa em virtude da generosa e suicida cessão que lhe faz o autor recorrido*, o que inclusive poderia ser totalmente alheio ao desenvolvimento da segunda ou subsequente instância: como é óbvio, aplica-se uma crítica semelhante à que foi realizada na anterior; *c) a impugnação do réu implica uma nova ação*: porém esta não pode surgir da sentença impugnada, porque então estaríamos no caso *a*, nem tampouco do litígio levado a julgamento em primeira instância, porque seria como reconhecer que o réu recorrente tinha a qualidade de acionante antes de interpor seu recurso, e então ficaríamos perante o caso *d*, e encerradas as suas duas fontes possíveis, teríamos de admitir uma ação que brota do nada; ademais, semelhante conclusão quebraria a unidade do processo, que se veria substituída por uma soma ou sucessão de processos, e seria inaplicável ao apelo do ator, que se limitaria a prosseguir a sua ação; *d) por último, a única solução aceitável, ou seja, a de que o réu é acionante desde que comparece em primeira instância*, e ao recorrer, não faz nada mais do que prosseguir acionando.¹⁶⁹ (tradução nossa, grifou-se para destaque)

Sem a pretensão de afirmar quem está com a razão, observar que o réu possui, tanto quanto o autor, o direito de exigir a análise do mérito das pretensões postas em juízo, seja porque também exerce a ação, como afirma Castillo, seja porque tem pretensão de tutela jurídica, como afirma Ovídio, estando o Estado obrigado a prestar a jurisdição quando

¹⁶⁹ Supongamos ahora que, como con frecuencia sucede, sea recurrente el demandado (la hipótesis de recurso interpuesto por el actor no nos interesa, ya que sería tan sólo una prosecución de su acción): ¿de dónde proviene la energía que le va a permitir instar el curso del proceso hasta el pronunciamiento de la sentencia *ad quem*? Cuatro respuestas son posibles, pero júzguese lo ilógico de las tres primeras: *a) la acción impugnativa del demandado recurrente brota de la sentencia impugnada*: es tesis inaceptable, porque significaría que la decisión atacada administraría el arma con que se la va a combatir; *b) et demandado recurrente obtiene la acción impugnativa en virtud de generosa y suicida cesión que le hace el actor recorrido*, que incluso podría ser totalmente ajeno al desarrollo de la segunda o ulterior instancia: al supuesto le es aplicable una crítica análoga a la que efectuamos del anterior; *c) la impugnación del demandado implica una nueva acción*: pero ésta no puede surgir de la sentencia impugnada, porque entonces estaríamos en el caso *a*, ni tampoco del litigio sometido a proceso en primera instancia, porque sería tanto como reconocer que el demandado recurrente tenía la cualidad de accionante antes de interponer su recurso, y entonces nos hallaríamos ante el caso *d*, y cerradas sus dos posibles fuentes, tendríamos que admitir una acción que brota de la nada; además, semejante parecer rompería la unidad procesal, que se vería sustituida por una suma o sucesión de procesos, y resultaría inaplicable al recurso del actor, que se limitaría a proseguir su acción; *d) por último, la única solución aceptable, o sea la de que el demandado es accionante desde que comparece en primera instancia*, y al recurrir, no hace otra cosa que seguir accionando. (CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Estudios de teoría...* p. 358-359)

por ele requerido. Com a ação do autor o réu foi obrigado a comparecer em juízo, para também agir ou para reagir, deduzindo igualmente uma pretensão, passando a ser tão carecedor de tutela jurídica quanto o autor, obrigando-se o Estado a prestá-la. E tal afirmação ganha ainda mais força em relação ao processo penal, não por ter natureza diversa do processo civil, mas sim pela “ação de direito material” que pretende ver realizada pelo Estado, que atinge, essencialmente, a liberdade do réu.

Nesse sentido, Frederico Marques afirma que a diferença entre o direito de ação e o que chama de direito de defesa é de simples posição: “o autor ataca e o réu reage. O primeiro deduz uma pretensão e o segundo, a resistência a esta oferecida. Todavia, o objeto de ambos é a tutela jurisdicional em relação aos respectivos interesses”¹⁷⁰.

O réu, por óbvio, não possui direito à improcedência da ação, porém é evidente que tem direito a provocar a análise de mérito por parte do órgão jurisdicional, o que lhe tem sido negado quando reconhecida, de ofício, a extinção da punibilidade, a despeito de pedido expresso para que seja apreciado o mérito da ação penal¹⁷¹, como se verá no próximo capítulo.

E esse direito, de ver uma pretensão apreciada pelo Poder Judiciário, ou seja, direito à jurisdição, garantido a todo e qualquer cidadão, não pode ser limitado sequer por meio de lei, o que decorre da própria constituição do Estado Moderno. Com as Constituições escritas, a inafastabilidade do Poder Judiciário, incumbido da jurisdição, foi reconhecida como princípio constitucional, inscrito no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A ação é, portanto, um direito posto à disposição do indivíduo para provocar a prestação da tutela jurisdicional. O exercício do direito de Ação fará nascer o Processo, veículo por meio do qual o Estado prestará a jurisdição, que será brevemente estudado a seguir.

¹⁷⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. p. 421.

¹⁷¹ Considerado “mérito” da ação penal as circunstâncias relacionadas à autoria, à materialidade e aos elementos caracterizadores do ilícito penal (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade).

2.4 O Processo como *locus* da jurisdição

Juntamente com os conceitos de ação e jurisdição, compondo a tríade que forma a ciência processual, está o processo, veículo pelo qual se desenvolve a atividade jurisdicional. Como observa Frederico Marques, jurisdição e processo são conceitos correlatos, “já que este é o campo em que aquela se desenvolve”.¹⁷²

Após afirmar que o processo é o “instrumento através do qual a jurisdição opera”, Cintra, Grinover e Dinamarco observam que pode ser encarado por dois aspectos: dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles ou das relações entre os seus sujeitos. Essa segunda perspectiva é que tem maior importância para a ciência processual e gera profundas discussões.¹⁷³

Como visto, ao particular é vedada a autotutela, devendo recorrer ao Estado, por meio do exercício do direito de ação, para que este preste a atividade jurisdicional, realize a atuação do direito objetivo. Assim, ao recorrer ao Estado para a realização do direito, o particular dá origem a uma nova relação jurídica, diversa da relação de direito material, trata-se da relação jurídica processual. Essa relação se desenvolverá por meio de sucessivos atos nos quais as partes sustentam a sua pretensão, culminando com a resolução do conflito pelo órgão jurisdicional, motivo pelo qual Frederico Marques conceitua o processo como “um conjunto de atos destinados à formação ou atuação de imperativos jurídicos, cuja característica consiste na colaboração, para este fim, das *pessoas interessadas*... com uma ou mais pessoas *desinteressadas*”¹⁷⁴.

Ovídio Batista observa que a circunstância característica da relação jurídica processual, que a torna distinta de qualquer outra relação jurídica de direito material, é o fato de “transformarem-se, perante ela, os direitos e obrigações, que as partes ponham em causa, em meras *expectativas* de direitos e de obrigações”¹⁷⁵.

Essa relação estabelecida entre as partes e um terceiro imparcial, no caso, o

¹⁷² MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. p. 348.

¹⁷³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo... **Teoria geral do processo**. p. 275.

¹⁷⁴ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. p. 9.

¹⁷⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. p. 6.

Estado, é denominada processo. A natureza dessa relação tem gerado profundas discussões, norteando a evolução do conceito.

No direito romano, em entendimento que perdurou até meados do século XIX, o processo era encarado como resultante de uma suposta relação contratual, consistente na *litis contestatio*, por meio da qual as partes consentiam em submeter seu conflito à decisão de um terceiro. O processo era apreciado por uma ótica privatista, como uma espécie de contrato entre as partes.¹⁷⁶

Juntamente com o conceito de jurisdição, evolui e se modifica o conceito de processo, tendo a doutrina privatista, hoje, mero valor histórico, pois pressupõe que as partes submetem-se voluntariamente ao processo e à decisão dele emanada. A sujeição das partes nada mais é do que um contraposto ao pode-dever do Estado (jurisdição), à vedação da autotutela, e independe da vontade das partes.¹⁷⁷

Persistindo no erro de buscar uma interpretação privatista do processo, Arnault de Guényvan formulou, no século XIX, a doutrina do processo como um quase-contrato, agregando um elemento público à vontade das partes. A concepção do autor francês não teve grande repercussão e carece de maiores comentários.¹⁷⁸

Atualmente, as teorias acerca da natureza do processo são as mais variadas possíveis, a ponto de alguns autores adotarem uma postura cética quanto a possibilidade de se chegar a sua real natureza. Pacífico dentre todas as modernas teorias e que as diferencia do processo romano é o caráter público da relação.

A mais difundida e aceita teoria acerca da natureza do processo é obra do processualista alemão Oskar Von Bülow, conhecida como teoria da relação jurídica processual.

Autores alemães anteriores à Bülow já tratavam do processo como relação jurídica, porém de forma superficial e assistemática, quiçá sem consciência do alcance de suas afirmações. Bülow concebe o processo como uma relação de direitos e obrigações recíprocas,

¹⁷⁶ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. p. 29.

¹⁷⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo... **Teoria geral do processo**. p. 277.

¹⁷⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo... **Teoria geral do processo**. p. 278.

uma verdadeira relação jurídica estabelecida entre as partes e o julgador, distinta da relação jurídica material, marcada por sua natureza pública¹⁷⁹ e progressividade¹⁸⁰. São características da relação processual, além da progressividade e da natureza pública, a complexidade¹⁸¹, a unidade¹⁸² e o caráter tríplice^{183 184}.

Bülow apontou três aspectos que distinguem a relação jurídica processual da relação jurídica material: a diversidade de sujeitos; o objeto, que na relação processual é a tutela jurisdicional; e os seus pressupostos.¹⁸⁵

Embora duras críticas tenham sido dirigidas contra a teoria do processo como relação jurídica – principalmente oriundas do autor alemão James Goldschmidt, que formulou a teoria do processo como situação jurídica –, continua sendo a mais aceita pelos processualistas.¹⁸⁶

Cintra, Grinover e Dinamarco advertem, porém, que não se deve confundir a natureza jurídica relacional do processo com o próprio processo. Relação jurídica processual e processo não podem ser tomados por sinônimos, visto que o processo é uma entidade complexa que, se não pode ser confundido com o mero procedimento, “também não se exaure no conceito puro e simples de relação jurídica processual”¹⁸⁷.

Assim, a noção de processo mais aceita pela doutrina resulta da composição de duas facetas, a formal, objetiva ou estática, segundo a qual processo pode ser encarado como um conjunto ordenado e sucessivo de atos em busca de um fim comum, e a relacional, subjetiva ou dinâmica, caracterizada pela atuação das partes no processo, “*exercendo poderes*,

¹⁷⁹ Graças a presença do Estado na relação jurídica, ocupando uma posição supra partes, exercendo a função jurisdicional.

¹⁸⁰ No processo ocorrem atos e fatos jurídicos, nos quais as partes assumem diversos papéis jurídicos, formando um arco procedimental que progride para a solução do conflito.

¹⁸¹ Pois abrange uma pluralidade de relações secundárias, nas quais as partes experimentam uma alternância de posições, ora titulares de direitos e poderes, ora de obrigações e deveres, ora numa posição de sujeição.

¹⁸² A unidade provém do objetivo traçado para a relação processual, sendo que todos os atos e fatos que permeiam a relação estão direcionados para um fim comum, que o provimento jurisdicional.

¹⁸³ Pois é composto pelo acionante, pelo acionado e pelo Estado, que atua por meio do Poder Judiciário.

¹⁸⁴ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. p. 29.

¹⁸⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo... **Teoria geral do processo**. p. 279.

¹⁸⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo... **Teoria geral do processo**. p. 279.

¹⁸⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo... **Teoria geral do processo**. p. 282.

faculdades, deveres e ônus a eles conferidos pela lei, assumindo, alternadamente, posições jurídicas diversas no curso do processo, contribuindo para um contínuo envolver rumo à construção de uma decisão final” (em destaque no original).¹⁸⁸

Construindo toda a teoria do processo e da jurisdição em torno da pretensão, entendida como “interesse da subordinação do interesse alheio ao próprio”, Silva Jardim define o processo, evidenciando sua dupla faceta como “o conjunto de atos praticados que, unidos e unidos pelo elemento teleológico, criam uma relação jurídica autônoma e independente da relação material”.¹⁸⁹

É de se observar que a lide, ou simplesmente conflito, não é essencial ao processo. Casos há em que o conflito de interesses não se faz presente e mesmo assim há o processo, como quando se visa declarar a inexistência de relação jurídica.¹⁹⁰

A natureza ou o conceito de processo não são infirmados, ao contrário, são potencializados, quando se está tratando do processo penal. O réu não é mero objeto do processo penal, é sujeito de direitos que integra a relação jurídica processual.

O conceito é potencializado, pois, conforme observa Tucci, quando se trata do exercício do *jus puniendi* ocorre a inevitabilidade do processo penal, “dada a inadmissibilidade de irrogação da pena, ou de medida de segurança, sem que o seja no bojo deste – *nulla poena sine iudicio*”.¹⁹¹

O Processo, veículo por meio do qual se opera a jurisdição, submete-se, para que alcance seu objetivo, a uma série de princípios constitucionais que o informam, garantindo que se constitua e desenvolva de forma democrática, dentre os quais, por sua relevância para o presente trabalho, podem ser destacados os princípios do acesso à justiça, da verdade real, do devido processo legal, do duplo grau de jurisdição e do contraditório e da ampla defesa.

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil prevê a inafastabilidade do Poder Judiciário. Nem mesmo a lei poderá obstar a

¹⁸⁸ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. p. 26.

¹⁸⁹ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. p. 53.

¹⁹⁰ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. p. 22.

¹⁹¹ TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal**. ... p. 42.

apreciação de lesão ou ameaça a direito pelo órgão estatal incumbido de prestar a jurisdição. Tampouco o Poder Judiciário poderá deixar de apreciar uma pretensão a ele submetida¹⁹². Como observa Tucci, “o *direito à tutela jurisdicional*, ou direito à jurisdição, é conferido, indistinta, incondicionada, genérica e abstratamente, a todos os membros da comunidade”.¹⁹³

Ocorre que não basta a mera apreciação da lesão ou ameaça ao direito, é preciso que da atividade jurisdicional resulte uma solução justa e eficaz para o conflito, satisfazendo os interesses postos em juízo. Em razão disso é que a doutrina tem afirmado que o processo deve ser manipulado com o fim de propiciar às partes não somente o acesso ao judiciário como o *acesso à justiça*, ou *acesso à ordem jurídica justa*.¹⁹⁴

O *acesso à justiça* não se concretiza, portanto, com a simples admissibilidade do ingresso da pretensão em juízo, é necessário que a relação jurídica processual transcorra respeitando os direitos e garantias fundamentais, assegurando-se às partes todos os meios para que exponham suas pretensões, daí decorrendo uma sentença justa, harmonizada com tudo quanto foi discutido nos autos e condizente com as pretensões deduzidas.

O princípio do devido processo legal, positivado no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, determina que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Deve ser encarado em sua feição material, no sentido de que sejam assegurados, no curso do processo, todos os direitos e garantias fundamentais do cidadão, protegendo-se o particular contra qualquer atividade estatal arbitrária ou desproporcional.¹⁹⁵

O princípio do duplo grau de jurisdição não está expressamente previsto na Constituição Federal, mas decorre do sistema constitucional, ligando-se diretamente ao princípio do devido processo legal, como forma de garanti-lo. Grecco Filho observa que a Constituição estrutura o Poder Judiciário de forma escalonada, garantindo a possibilidade de revisão das decisões judiciais, daí decorrendo que não devem ser únicas, tendo o particular a

¹⁹² BRANDÃO, Paulo de Tarso. Condições da Ação e o Princípio Constitucional do Acesso à Justiça. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (Org.). **Direito e Processo**: estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 775.

¹⁹³ TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal**. ... p. 200.

¹⁹⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo... **Teoria geral do processo**. p. 33.

¹⁹⁵ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. p. 39-40.

possibilidade de provocar a manifestação do juízo *ad quem*.

O princípio do contraditório e da ampla defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, e de extrema importância para a dogmática processual penal, determina que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Tucci, tratando do processo penal, observa que o contraditório deve ser efetivo, real, indisponível ou indispositivo, dada a indisponibilidade dos interesses em conflito, apresentando-se como autêntica expressão da liberdade jurídica do réu.¹⁹⁶

Decorrente do princípio do contraditório e da ampla defesa, informando o processo penal, há a necessidade de o juiz buscar a verdade real, não se limitando ao que é apresentado pelas partes no processo. O julgador assume uma posição ativa na relação jurídica processual, podendo determinar a produção de provas ou provocar as partes a se manifestarem, com o objetivo de identificar os fatos efetivamente havidos.¹⁹⁷

Chega-se, portanto, à afirmação de que o Estado - principalmente a partir das concepções modernas acerca dele -, ao proibir o particular de realizar por suas próprias forças o direito objetivo, assume perante ele a obrigação de prestar a jurisdição. A esse poder-dever corresponde o direito do particular de exigir a prestação jurisdicional, o direito de ação. O meio pelo qual será prestada a jurisdição é o processo, relação jurídica de direito público estabelecida entre as partes e o julgador, informado por uma série de princípios e garantias.

A jurisdição é, principalmente com a sua constitucionalização, um direito garantido ao particular e ao qual se obriga o Estado, devendo prestá-lo sempre que provocado, apreciando a pretensão deduzida em juízo. Dessa forma, ao reconhecer de ofício a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, a despeito de pedido expresso do réu para que seja apreciada sua pretensão, o Estado-juiz está negando ao particular a prestação jurisdicional, como será demonstrado no capítulo seguinte.

¹⁹⁶ TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal**. ... p. 50.

¹⁹⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. p. 75.

3 PRESCRIÇÃO E JULGAMENTO DE MÉRITO: DIREITO DO RÉU À JURISDIÇÃO PENAL

3.1 O *jus puniendi* estatal e as causas de extinção da punibilidade

Com a prática de uma conduta típica e antijurídica nasce para o Estado, em concreto, o poder de punir o seu autor. Esse poder, como visto, não é auto-executável, carece de apreciação jurisdicional e deve ser submetido ao Estado-juiz por meio do processo.

A Punibilidade, conforme ensinam Zaffaroni e Pierangeli, não é um elemento do delito, mas um resultado de sua existência. Define-se o crime como punível por ser a punição uma consequência lógica da prática de uma conduta típica, antijurídica e culpável, e não porque a punibilidade seja característica do ilícito.¹⁹⁸

A lei prevê casos em que, em benefício do réu, por conta de atos ou fatos posteriores ao ilícito penal, extingue-se o *jus puniendi*, extingue-se a punibilidade do autor do fato típico. Ou seja, embora o fato continue sendo típico e antijurídico, a sua consequência jurídica natural, a punição, será obstada por uma questão de política criminal.

O Código Penal Brasileiro enumera, em seu artigo 107, ao longo de nove incisos, uma série de situações que, presentes, extinguem a punibilidade do réu. São elas:

a) Morte do agente. A doutrina aponta como norteadores dessa primeira causa o princípio da *mors omnia solvit* (a morte tudo apaga) e o princípio segundo o qual a pena não passará da pessoa do autor do fato. Pode ocorrer a qualquer tempo, antes ou depois da sentença de mérito, e não se comunica aos demais co-autores.¹⁹⁹

b) Anistia. É instituto de cunho preponderantemente político e consiste no esquecimento de certos crimes, excluindo-os e fazendo desaparecer suas consequências. A competência para a concessão da anistia é do Congresso Nacional, embora passe,

¹⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 742.

¹⁹⁹ MIRABETE, Julio Frabbrini. **Código penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 551.

posteriormente, pelo crivo do judiciário, que a aplicará em cada caso concreto.²⁰⁰

c) Graça ou indulto. Indulto é a faculdade conferida pela Constituição Federal (artigo 84, inciso XII) ao Presidente da República de extinguir penas ou eliminar a punibilidade coletivamente, independentemente de qualquer provocação. A graça - também chamada de indulto individual - é um ato de clemência destinado à pessoa determinada. A graça e o indulto são atos políticos e abrangem a extinção da pena, permanecendo os demais efeitos da condenação.²⁰¹

Uma dúvida enfrentada pela doutrina diz respeito à possibilidade de incidência do indulto em sentenças recorríveis. Zaffaroni e Pierangeli, após explicarem que o obstáculo está na possibilidade de se lesar o direito de defesa do réu, que pode desejar a sua absolvição, afirmam que a solução encontrada pela doutrina consiste em admitir a possibilidade do indulto em tais casos, mantendo-se a faculdade do réu de continuar com o processo objetivando análise do mérito.²⁰²

d) *Abolitio criminis* ou retroatividade da lei benéfica. Lei posterior que deixe de considerar determinado fato como criminoso alcança as condutas anteriores a ela. Extingue-se o crime e todos os efeitos legais dele decorrentes.²⁰³

e) Prescrição. Por ser a mais recorrente das causas de extinção da punibilidade será mais detidamente estudada a seguir.

f) Decadência. É a perda do direito de ação – nos casos em que se procede mediante queixa – ou de representação – quando se tratar de crime de ação penal pública condicionada à representação –, em decorrência de não ter sido realizado no prazo previsto em lei.²⁰⁴

g) Perempção. A perempção se dá pela inércia processual do querelante que perde o direito de continuar a movimentar a ação penal privada. Pune-se a desídia, o descuido,

²⁰⁰ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **Código penal comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 176.

²⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl... **Manual de direito penal brasileiro**... p. 749.

²⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raúl... **Manual de direito penal brasileiro**... p. 750.

²⁰³ DELMANTO, Celso... **Código penal comentado**. p. 176.

²⁰⁴ MIRABETE, Julio Frabbrini. **Código penal interpretado**. p. 551.

do querelante. Não ocorre quando se tratar de ação penal privada subsidiária da pública.²⁰⁵

h) Renúncia à queixa e o perdão aceito. A renúncia ao direito de queixa e o perdão do ofendido, aceito pelo acusado, são causas extintivas da punibilidade quando se tratar de ação penal privada. A renúncia somente pode ocorrer antes da propositura da ação, de forma tácita ou explícita, e independe de aceitação, já o perdão ocorre no curso do processo e deve ser aceito para que gere efeitos.²⁰⁶

i) Retratação. A retratação é o ato de admitir o erro e retirar o que se disse, redimir-se. Nos casos e formas especificamente previstos em lei, a retratação, esse desdizer-se, extingue a punibilidade do agente.²⁰⁷

j) Perdão judicial. Deixa-se de aplicar a pena quando presentes determinadas circunstâncias, previstas em lei. O instituto gera profundas discussões doutrinárias quanto a sua natureza e a vinculação do juiz ao seu reconhecimento, irrelevantes para o estudo ora proposto.²⁰⁸

Integravam o rol das causas de extinção da punibilidade o casamento da vítima com o agente e o casamento da vítima com terceiro, que estavam previstas no artigo 107, incisos VII e VIII, respectivamente, do Código Penal. Ditas causas de extinção da punibilidade foram revogadas pela Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005.

O casamento da vítima com o agente extinguiu a punibilidade em relação a alguns dos crimes contra os costumes. A prova se fazia com a apresentação de certidão de casamento, antes ou depois do trânsito em julgado. Não bastava mera manifestação do agente no sentido de que deseja se casar, era preciso que de fato houvesse o matrimônio. O fundamento político-criminal da excludente está no predomínio do interesse pela família.²⁰⁹

O casamento da vítima com terceiro alcançava os crimes dos artigos 213 e 221 do Código Penal, quando não praticados com violência real ou grave ameaça, sendo necessário que a vítima, dentro de 60 dias contados da celebração, não requeresse o

²⁰⁵ DELMANTO, Celso... **Código penal comentado**. p. 177.

²⁰⁶ MIRABETE, Julio Frabbrini. **Código penal interpretado**. p. 566.

²⁰⁷ DELMANTO, Celso... **Código penal comentado**. p. 179.

²⁰⁸ DELMANTO, Celso... **Código penal comentado**. p. 180-181.

²⁰⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl... **Manual de direito penal brasileiro**... p. 748.

prosseguimento da ação. Somente ocorria antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.²¹⁰

A doutrina aponta, ainda, outras causas extintivas da punibilidade não elencadas no rol do artigo 107 do Código Penal, dentre elas: ressarcimento no peculato culposo; morte da vítima, nos crimes de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento (CP, art. 236) e de adultério²¹¹ (CP, art. 240); sentença absolutória estrangeira, na hipótese do artigo 7º, inciso II, § 2º, alínea *d*, 1º parte, do Código Penal; nos delitos fiscais e previdenciários, a quitação do débito antes do recebimento da denúncia; a composição e a suspensão condicional do processo, nas hipóteses previstas na Lei n.º 9.099/95.²¹²

Atualmente, a mais relevante das causas de extinção da punibilidade é a prescrição, por ser corriqueira a sua ocorrência diante da morosidade dos processos judiciais.

A prescrição penal é a renúncia do Estado ao seu poder-dever de punir, já concretizado na sentença condenatória, quando então se está tratando da prescrição da pretensão executória, ou ainda abstratamente existente, referindo-se à prescrição da pretensão punitiva.²¹³

São diversas as teorias que buscam explicar o fundamento da prescrição, variando conforme a posição assumida pelos autores acerca da teoria da pena.

Teorias do esquecimento: partem da premissa de que com o transcurso do tempo o crime é esquecido pela sociedade, desaparecendo o interesse em aplicar a sanção.²¹⁴

Teorias da diminuição do interesse: também valorando o esquecimento do delito pela sociedade, alguns autores afirmam que com o transcurso do tempo desaparece a necessidade de exemplo ao meio social, podendo a punição gerar até mesmo um sentimento de piedade para com o apenado. Tais autores partem da idéia de que a função da pena é a

²¹⁰ MIRABETE, Julio Frabbrini. **Código penal interpretado**. p. 569.

²¹¹ Revogado pela Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005.

²¹² DELMANTO, Celso... **Código penal comentado**. p. 176.

²¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl... **Manual de direito penal brasileiro**... p. 753.

²¹⁴ HERAS, Afonso Arroyo de las; CUESTA, Javier Muñoz. **Manual de derecho penal:** introducción, la ley penal, la pena. Navarra: Aranzadi, 1986. p. 324.

prevenção geral, servindo de intimidação para os demais membros da sociedade.²¹⁵

Teorias da extinção dos efeitos antijurídicos: interpretam a pena como uma reação aos efeitos antijurídicos do fato; entendem que estes podem desaparecer com o decurso do tempo, tornando desnecessária a sanção.²¹⁶

Teorias psicológicas: com o decurso do tempo o nexó psicológico que une o sujeito ao seu ato vai desaparecendo, muda a constituição psíquica do agente, de modo que será “outro indivíduo” que sofrerá a sanção jurídica.²¹⁷

Teorias da emenda: para essas teorias, que consideram função da pena a ressocialização do autor do fato típico penal, o decurso do tempo faz presumir que o indivíduo tenha “se corrigido”, tornando desnecessária a imposição da sanção.²¹⁸

Teorias da expiação moral: a intranquilidade, a angústia, o remorso, experimentados pelo indivíduo durante o dilatado período de tempo em que esteve na iminência de sofrer a punição, são considerados fatores suficientes para a expiação da culpa.²¹⁹

Teorias da dispersão das provas: aplicável somente à prescrição da pretensão punitiva, parte da premissa de que o tempo dificulta a produção das provas, tornando incerta a apuração do fato e dificultando a defesa do acusado.²²⁰

Todas as explicações formuladas para a existência da prescrição, ligadas às diversas teorias acerca da finalidade da pena, são alicerçadas em conseqüências naturais do decurso do tempo sobre a relação jurídica estabelecida entre o Estado, titular o *jus puniendi*, e o autor do fato típico, titular do *jus libertatis*.

Segundo Porto, a instabilidade das razões justificadoras da prescrição leva à conclusão de que essa causa de extinção da punibilidade é criação da Política Criminal, por

²¹⁵ PORTO, Antônio Rodrigues. **Da prescrição penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 3.

²¹⁶ HERAS, Afonso Arroyo de las... **Manual de derecho penal...** p. 324.

²¹⁷ PORTO, Antônio Rodrigues. **Da prescrição penal**. p. 7.

²¹⁸ HERAS, Afonso Arroyo de las... **Manual de derecho penal...** p. 325.

²¹⁹ HERAS, Afonso Arroyo de las... **Manual de derecho penal...** p. 325.

²²⁰ PORTO, Antônio Rodrigues. **Da prescrição penal**. p. 5.

questões de equidade e respeito à tradição²²¹. Heras e Cuesta também afirmam que a prescrição é uma questão de política criminal, fixada em prol da segurança jurídica.²²²

A prescrição é, portanto, uma opção legislativa em prol do direito de liberdade do indivíduo, considerando a finalidade da punição e em razão da morosidade estatal no exercício do *jus puniendi*.

Porto explica que a prescrição da pretensão punitiva surge no direito romano, no ano 18 a.C., com a *lex Julia de adulteriis*, posteriormente sendo estendida para a generalidade dos crimes. A prescrição da pretensão executória surge na França, 18 séculos depois, com o Código Penal de 1791, favorecida pelos ideais da revolução francesa.²²³

No Brasil a prescrição da pretensão punitiva foi instituída durante o império, no Código de Processo Criminal de 1832, sendo a prescrição da pretensão executória prevista somente em 1890, pelo Decreto 774. As duas modalidades vão aparecer reunidas em único estatuto legal com o Código Penal de 1890, assim permanecendo até o Código Penal vigente.²²⁴

O atual Código Penal, portanto, prevê a ocorrência da extinção do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo em dois momentos: antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, chamada de prescrição da pretensão punitiva, e após o trânsito em julgado, tratando da prescrição da pretensão executória. A prescrição da pretensão punitiva pode ocorrer de duas maneiras: uma com base na pena cominada em abstrato pela lei penal (prescrição da pretensão punitiva propriamente dita) e outra a partir da pena fixada pela sentença recorrível (subdivida em prescrição intercorrente e prescrição retroativa).

Nenhuma dessas modalidades de prescrição penal se assemelha à prescrição civil, porque esta atinge exclusivamente o direito de ação, já aquelas extinguem o direito de punir do Estado, que surge com a prática do fato típico penal. A prescrição penal atinge o próprio direito material, embora algumas de suas consequências imediatas, como a extinção

²²¹ PORTO, Antônio Rodrigues. **Da prescrição penal**. p. 8.

²²² HERAS, Afonso Arroyo de las... **Manual de derecho penal...** p. 325.

²²³ PORTO, Antônio Rodrigues. **Da prescrição penal**. p. 13.

²²⁴ PORTO, Antônio Rodrigues. **Da prescrição penal**. p. 14.

da ação ou da condenação, pertençam ao direito processual.²²⁵

Relevante, para o presente trabalho, é a prescrição penal que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, a chamada prescrição da pretensão punitiva, que está prevista no artigo 109 e nos parágrafos 1º e 2º do artigo 110, todos do Código Penal, assim redigidos:

Prescrição antes de transitar em julgado a sentença

Art. 109 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.

Prescrição das penas restritivas de direito

Parágrafo único - Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade.

Prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§ 1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.

§ 2º - A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa.²²⁶

A prescrição da pretensão punitiva regula-se pela pena privativa de liberdade cominada em abstrato ao ilícito - no caso da prescrição da pretensão punitiva propriamente dita - ou em concreto na sentença transitada em julgado para a acusação - quanto à prescrição intercorrente e à prescrição retroativa -, sendo proporcional ao *quantum* da pena, as menores prescrevendo em menor tempo e as maiores em maior prazo.²²⁷

O curso da prescrição da pretensão punitiva inicia nos momentos previstos

²²⁵ PORTO, Antônio Rodrigues. **Da prescrição penal**. p. 10.

²²⁶ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de outubro de 1941.

²²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl... **Manual de direito penal brasileiro**... p. 760.

no artigo 111 do Código Penal (no dia em que o crime se consumou; no caso de tentativa, no dia em que cessou a atividade criminosa; nos crimes permanentes, no dia em que cessou a permanência; nos crimes de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, na data em que o fato se tornou conhecido)²²⁸ e é interrompido pelos fatos elencados no artigo 117 do mesmo Estatuto (recebimento da denúncia ou da queixa; pronúncia; decisão confirmatória da pronúncia; sentença condenatória recorrível; início ou continuação do cumprimento da pena; reincidência)²²⁹.

O artigo 115 do Código Penal prevê a chamada “prescrição etária”, impondo a redução dos prazos prescricionais pela metade quando o agente era, ao tempo do fato, menor de 21 ou, ao tempo da sentença, maior de 70 anos de idade.

O artigo 116, *caput*, do Código Penal, trata das causas impeditivas da prescrição da pretensão punitiva (enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime; e enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro)²³⁰. Zaffaroni e Pierangeli explicam que o seu fundamento está no fato de que o surgimento de eventos que impossibilitam ou prejudicam a instauração do procedimento devem impedir o decurso do prazo prescricional.²³¹

A prescrição intercorrente é modalidade de prescrição da pretensão punitiva prevista no artigo 110, § 1º, do Código Penal. Conforme ensinam Zaffaroni e Pierangeli, a pena fixada na sentença recorrível, transitada em julgado para a acusação, não pode mais ser alterada em prejuízo do acusado, por força da vedação legal da denominada *reformatio in pejus*, passando a ser tomada como base para o cálculo da prescrição, mesmo que tenha a defesa dela recorrido.²³²

O artigo 110, § 2º, trata, ainda, do que a doutrina chama de prescrição retroativa, explicada por Zaffaroni e Pierangeli:

[...] inexistindo recurso da acusação, dá-se a prescrição da pretensão punitiva fundada no prazo calculado sobre a pena *in concreto*, se ocorreu esse prazo entre a

²²⁸ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de outubro de 1941.

²²⁹ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de outubro de 1941.

²³⁰ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de outubro de 1941.

²³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl... **Manual de direito penal brasileiro**... p. 761.

²³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl... **Manual de direito penal brasileiro**... p. 763.

data do fato e a data do recebimento da denúncia, ou entre esta e a data da sentença condenatória. O aumento da reincidência – um terço – deve ser computado para os fins da prescrição intercorrente ou retroativa, se reincidente o condenado.²³³

Tanto a prescrição intercorrente quanto a prescrição retroativa são calculadas com base na pena concreta fixada na sentença condenatória, sendo que naquela o prazo é contado da data da publicação da sentença para frente e nessa da data da publicação da sentença para trás.

As modalidades de prescrição intercorrente e retroativa, acrescidas ao Código Penal brasileiro pela Lei n.º 7.209/84, são uma criação da jurisprudência brasileira, sendo o texto legal mera positivação da prática jurídica. Já em 1961 o Supremo Tribunal Federal entendia que, com o trânsito em julgado para a acusação, a prescrição da pretensão punitiva deveria ser contada pela pena fixada na sentença recorrida, interpretação que culminou com a edição da Súmula n.º 146, em 1964.²³⁴

Zaffaroni e Pierangeli explicam que a medida encontra respaldo na inércia do Estado e na ineficiência dos seus órgãos de repressão, obrigando-o restringir o seu poder-dever de punir, representando “o triunfo do direito humano de liberdade sobre a deficitária e ineficiente máquina repressiva do Estado”.²³⁵

Para muitos operadores do direito, doutrinadores, e, principalmente, no senso comum, numa interpretação imediatista do instituto, a extinção da punibilidade, principalmente a prescrição penal, remete à idéia de impunidade, encoraja os cidadãos à prática de ilícitos e configura um insulto à justiça e à moral.²³⁶

Vários são os livros ou artigos jurídicos que atrelam a prescrição à impunidade, tais como: “Prescrição retroativa: a chancela da impunidade”, escrito por Leandro Recchiutti Gonçalves Pescuma²³⁷; “Prescrição é impunidade”, escrito por Ada Helena Cunha da Cunha²³⁸; e “Prescrição Penal e Impunidade: Crítica ao Sistema

²³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl... **Manual de direito penal brasileiro**... p. 765.

²³⁴ DELMANTO, Celso... **Código penal comentado**. p. 195.

²³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl... **Manual de direito penal brasileiro**... p. 764.

²³⁶ PORTO, Antônio Rodrigues. **Da prescrição penal**. p. 1.

²³⁷ PESCUMA, Leandro Recchiutti Gonçalves. **Prescrição retroativa: a chancela da impunidade**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6420>. Acessado em 29/10/2007.

²³⁸ CUNHA, Ada Helena Cunha da. **Prescrição é impunidade**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/38/02/3802>. Acessado em 29/10/2007.

Prescricional Penal Brasileiro”, escrito por Fábio André Guaragni²³⁹.

O raciocínio que conduz à interpretação da extinção da punibilidade como sinônimo de impunidade parte da constatação de que a punibilidade não é elemento constitutivo do crime, mas uma consequência desse. Assim, existente ou não o ilícito, exclui-se a possibilidade de ser efetivada a sua consequência legal, a pena.

O ex-Ministro da Casa Civil, José Dirceu, quando denunciado pela participação no esquema de corrupção que ficou conhecido como “mensalão”, concedeu entrevista ao jornal Folha de São Paulo, falando sobre o recebimento da denúncia: “Estou indignado e revoltado, mas tranquilo. Não concordo, mas respeito a decisão do Supremo. Não quero impunidade, não quero prescrição. Que o Supremo me julgue, mas fui acusado e denunciado sem provas!” (grifo que não está no original).²⁴⁰

Se Dirceu houvesse transformado o desejo manifestado na entrevista em pretensão jurídica deduzida perante o Poder Judiciário, considerando a interpretação que se tem a respeito dos efeitos jurídicos da extinção da punibilidade, ficaria frustrado com o desfecho, pois a extinção da punibilidade é interpretada como prejudicial à análise do mérito.

Todas as causas extintivas da punibilidade, superficialmente abordadas, são consideradas de ordem pública, podendo ser reconhecidas de ofício pelo julgador e prejudiciais à análise do mérito.

Ocorre que a extinção da punibilidade, principalmente decorrente da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa, vem sendo reconhecida a despeito de requerimento expresso do réu para que seja apreciado, ou reapreciado, o mérito da Ação Penal, pois a ele importa o decreto absolutório.

Esse entendimento, mormente quando se trata de prescrição da pretensão punitiva, encontra respaldo na Súmula n.º 241 do extinto Tribunal Federal de Recurso, editada em 9/9/1987, assim redigida:

²³⁹ GUARAGNI, Fábio André. **Prescrição Penal e Impunidade**: Crítica ao Sistema Prescricional Penal Brasileiro. São Paulo: Juruá, 2000. 162p.

²⁴⁰ BARBAR, Tathiana. Dirceu nega existência do mensalão e reitera sua inocência. **Folha Online**, São Paulo, 30 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u324321.shtml>. Acessado em 29/10/2008.

TFR Súmula nº 241

Extinção da Punibilidade - Prescrição da Pretensão Punitiva - Exame do Mérito da Apelação Criminal

A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva prejudica o exame do mérito da apelação criminal.²⁴¹

Tratando especificamente da prescrição penal, em análise que pode ser estendida às demais causas extintivas da punibilidade, afirma Mirabete:

Extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, inclusive a intercorrente ou retroativa, não se pode discutir, em qualquer instância, sobre o mérito do processo. Isso porque essa espécie tem amplos efeitos, eliminando toda a carta jurídica de eventual sentença condenatória e extinguindo qualquer consequência desfavorável ao acusado, de modo que o condenado adquire o "status" de inocente para todos os efeitos legais.²⁴²

As decisões judiciais que aplicam esse entendimento, desconsiderando a pretensão jurídica deduzida em juízo pelo réu, julgando a despeito de sua manifestação de vontade, incorrem em flagrante negativa de jurisdição.

3.2 Direito do réu à jurisdição penal

A prática jurídica evolui numa recorrência anacrônica a modelos pré-concebidos, engessados pelo sistema jurídico, e reproduzidos religiosamente pelo profissional do Direito, deveras “profissional da Lei”.

Um desses modelos, que tem por fim privilegiar a celeridade e a economia processual, desconsiderando a violação ao direito do réu à jurisdição, consiste em interpretar a extinção da punibilidade como questão prejudicial à análise do mérito da Ação Penal. Reconhece-se a prescrição e extingue-se o feito, independentemente de requerimento do réu para que seja apreciado o mérito.

A extinção da punibilidade é questão de direito material, de mérito portanto, uma vez que atinge o *jus puniendi* estatal. Tem, no entanto, sido reconhecida pelos tribunais

²⁴¹ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Súmula n.º 241, de 9/9/1987.

²⁴² MIRABETE, Julio Frabbrini. **Código penal interpretado**. p. 598-599.

como questão preliminar, prejudicial à análise do mérito da Ação Penal. Nessa afirmação, e no presente trabalho, está-se utilizando a expressão “mérito da Ação Penal” de forma restritiva, designando a análise da autoria, da materialidade e dos elementos configuradores do crime - a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade.

A enraizada lógica individualista do modelo capitalista de sociedade tem na letra fria na norma meio de afastar o indivíduo de seus conflitos, que de naturais passam a serem jurídicos. Ocorre o monopólio das decisões, que reproduzem esses velhos modelos institucionais de justiça, que nem sempre correspondem ao anseio das partes deduzido perante o Estado-juiz.

Como visto, a realização coercitiva do direito objetivo, quando não ocorre pela livre atuação das partes envolvidas, a partir do Estado Moderno, passa, necessariamente, pela intervenção estatal, que detém o monopólio da força legítima, o poder-dever de prestar a jurisdição, que é exercida por meio do processo.

A esse pode-dever corresponde o direito dos cidadãos, que é exercido por meio da ação processual, de exigir a prestação jurisdicional. O particular deduz sua pretensão jurídica perante o Estado-juiz, que está obrigado a apreciá-la, decidindo o conflito existente entre as partes e realizando, em substituição ao particular, a ação de direito material.

O Estado, a quem incumbe o exercício do *jus puniendi*, também está proibido de exercer a autotutela, devendo submeter sua pretensão punitiva à apreciação do poder judiciário. Conflitam, na Ação Penal, a pretensão punitiva do Estado e o direito de liberdade do acusado, incumbindo ao Estado-juiz decidir qual deles prevalecerá no caso concreto.

O réu, portanto, não é mero objeto da Ação Penal, que aguarda o julgamento para saber se prevalece ou não a pretensão punitiva do Estado. Como visto no segundo capítulo, o réu é parte ativa na relação jurídica processual, acionando, na visão de Castillo, ou reagindo, como leciona Ovídio²⁴³. É parte ativa na relação jurídica processual e também pretende a prestação de tutela jurídica. Tem direito a ela.

Todo cidadão está submetido ao poder do Estado, titular da soberania, que é

²⁴³ Ver p. 65-69.

exercida em nome do povo. Nessa condição, na posição de jurisdicionado, tem direito à tutela jurídica. Seja acionando, seja reagindo, o réu tem direito à tutela jurisdicional, tem direito à análise do mérito da Ação Penal, enfim, tem direito à jurisdição.

O reconhecimento forçoso da extinção da punibilidade, desconsiderando a pretensão de análise do mérito da Ação Penal formulada pelo réu, faz do indivíduo mero objeto do processo penal sobre o qual recairá o *jus puniendi* estatal, cerceando seu direito à jurisdição.

É certo que o réu não tem direito à improcedência da Ação Penal. Tem, porém, direito à tutela jurídica, que não se satisfaz com o simples reconhecimento da extinção da punibilidade.

Parte-se da impossibilidade do Estado em aplicar a sanção penal para concluir a imperiosa e inafastável necessidade de encerramento da Ação Penal sob a leviana presunção de que, desta forma, está-se de todo beneficiando o réu. Não se leva em consideração o pleito por ele formulado, a necessidade por ele posta em juízo, mas sim uma presunção legal do que seja o mais benéfico.

Conforme Brandão, “a postura, a responsabilidade e o envolvimento psicológico, se quiserem, é completamente diverso no exercício da jurisdição quando se deve enfrentar o mérito da demanda, ou seja, decidir o conflito”²⁴⁴.

Cabe ao réu, e não ao Estado-juiz, definir quando a tutela jurídica é necessária, seja para constituir ou desconstituir uma situação jurídica, seja para executar uma ação de direito material, seja para declarar uma situação fática ou jurídica, como a inocência, por exemplo.

O Estado obriga-se à resolução dos conflitos. Se o réu requer a análise do mérito, não se satisfazendo com o simples reconhecimento da extinção da punibilidade – que, como visto, atinge a consequência jurídica do crime, mas não sua essência –, pois entende que assim não estará restabelecido o equilíbrio quebrado com a deflagração da Ação Penal, o Estado-juiz estará obrigado ao requerimento da parte. Satisfeita a pretensão deduzida pela parte, aí, sim, poderá, de ofício, reconhecer questão de ordem pública.

²⁴⁴ BRANDÃO, Paulo de Tarso... **Direito e Processo...** p. 779.

A prestação da jurisdição, exercida por meio do processo, no seio do Estado Democrático de Direito passa pela realização de uma série de princípios e garantias fundamentais do cidadão, insculpidos nas Constituições formais.

Partindo dessa premissa, é preciso reconhecer que o princípio do acesso à justiça, por meio do Poder Judiciário, está ligado à idéia de Jurisdição. Assim, toda a vez que ao cidadão é negada a jurisdição, terá negado, necessariamente, o direito fundamental do acesso à justiça – aqui tomado em seu sentido amplo, como acesso a uma decisão justa e imparcial de um litígio levado à consideração do Estado-juiz –, restando violado um princípio constitucional.²⁴⁵

Ao acusado é imputada a prática de uma conduta típica, antijurídica e culpável, que, por força de lei, gera uma punição. A impossibilidade de aplicação da pena, por conta da extinção da punibilidade, não afeta a caracterização do ilícito. Assim, julga-se a consequência, mas não a causa. Nega-se a jurisdição e, conseqüentemente, viola-se o princípio constitucional do acesso à justiça, pois a sentença proferida não satisfaz o interesse do jurisdicionado que pretende a análise dos fatos.

Para que se tenha um efetivo acesso à justiça não basta o mero conhecimento do litígio, o recebimento da Ação pelo Poder Judiciário, é necessário que haja análise do mérito das pretensões deduzidas em juízo. O acesso à justiça não se realiza com o mero acesso ao Poder Judiciário, exige uma efetiva prestação jurisdicional.

Da mesma forma, o direito ao contraditório e à ampla defesa exigem que seja enfrentado o mérito. Ao deixar de apreciar a matéria de fundo, o Estado-juiz impede que o réu defenda-se da imputação que lhe foi dirigida, provando a inexistência dos fatos ou a sua inocência quanto a eles.

Ademais, se, em segundo grau de jurisdição, a demanda não for apreciada em seu mérito, sendo extinta em razão de uma circunstância considerada “prejudicial”, haverá afronta ao princípio constitucional do duplo grau de jurisdição. O reconhecimento da extinção da punibilidade, a despeito do pedido do réu de reanálise do mérito, equivale à negativa do recurso, pois somente formalmente existiu. Se os pedidos formulados no apelo não foram

²⁴⁵ BRANDÃO, Paulo de Tarso; MARTINS, Douglas Roberto. Julgamento antecipado da lide, direito à prova e acesso à justiça. In: Alexandre Moraes da Rosa. (Org.). **Para um direito democrático: diálogos sobre paradoxos**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 9-10.

apreciados, é como se o recurso não houvesse existido.

Decorre do princípio da verdade real que o órgão jurisdicional, sob pena de estar negando a jurisdição, não pode permitir a permanência de uma manifestação de mérito que não reproduz a realidade dos fatos, como ocorre com o reconhecimento da prescrição nas modalidades retroativa ou intercorrente. O juízo de culpa proferido em primeira instância deve ser reapreciado por meio do recurso, quando o réu expressamente o requerer, independentemente da ocorrência da extinção da punibilidade, que poderá, se necessário, ser posteriormente reconhecida.

É preciso contraditar posições bastante difundidas, principalmente na jurisprudência, que superestimam os “princípios” da celeridade e da economia processual, chegando a ponto de, em nome deles, suprimir ou desconsiderar direitos e garantias individuais.

A preocupação com a efetividade e celeridade do Processo tem se entranhado na base da doutrina contemporânea. Na tentativa de driblar as condições econômicas, políticas e sociais que levam à morosidade do Poder Judiciário, abarrotado de demandas processuais, tem-se adotado soluções que, em uma análise menos atenta, parecem ser benéficas.

Ocorre que mencionados princípios somente terão aplicação quando por formas distintas se puder satisfazer as pretensões deduzidas em juízo, optando-se pela mais célere e econômica. Não se poderá, porém, em nome deles, desconsiderar as pretensões de tutela jurídica, negando-se a jurisdição.

Não se pode esquecer de que o Estado está obrigado perante os cidadãos à resolução dos litígios deduzidos por meio do exercício do direito de ação, não podendo, sob qualquer pretexto, nem mesmo por lei, afastar a apreciação da causa do Poder Judiciário. Nem mesmo o próprio executor da jurisdição, ou seja, o julgador, poderá negar-se a prestar a tutela jurisdicional²⁴⁶. E o reconhecimento da extinção da punibilidade, a despeito de requerimento expresso da parte visando ao enfrentamento da questão de fundo, redundaria negativa de jurisdição e violação do princípio constitucional do acesso à justiça, atingindo os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

²⁴⁶ BRANDÃO, Paulo de Tarso... **Direito e Processo**... p. 775.

Para que o processo cumpra seus fins sociais e o Estado realize a jurisdição, cumprindo com o dever assumido perante a Sociedade Civil, é necessário que a tutela jurisdicional seja, além de célere, justa, e que atenda ao anseio das partes. Desconsiderar o anseio do acusado, deixando de apreciar o mérito da Ação Penal, configura verdadeira negativa de jurisdição, afrontando aos princípios do Estado Democrático de Direito, impedindo um efetivo acesso à justiça.

Bonfim, mesmo que sem fundamentar sua opinião, já reconhece a necessidade de apreciação do mérito quando requerido pelo acusado, afirmando que “mesmo com a prescrição extinguindo a punibilidade, pode o réu ainda requerer o exame da questão de mérito para obter a declaração de absolvição”.²⁴⁷

Assim, o direito do réu à análise do mérito decorre do dever do Estado de prestar a jurisdição, de solver os conflitos de interesses que lhe são apresentados, apreciando as pretensões deduzidas perante ele.

Não é permitido ao acusado renunciar à extinção da punibilidade, pois isso afetaria diretamente o seu direito à liberdade, que é indisponível. Porém, é possível ao indivíduo requerer a análise do mérito da Ação Penal antes que seja, sendo o caso, reconhecida a extinção da punibilidade. O não reconhecimento desse direito ao réu importa negativa de jurisdição e violação ao princípio constitucional do acesso à justiça.

O julgador deverá, portanto, analisar a existência ou não do ilícito, com todos os seus elementos configuradores (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), para então analisar a possibilidade de imposição da punição, a higidez da punibilidade.

Reforçando essa idéia, mesmo que, em princípio, pareça desnecessário, em resposta àqueles que possam objetar à tese o argumento de que a sentença que reconhece a extinção da punibilidade não gera qualquer efeito jurídico, oportuno mencionar o processo de estigmatização e etiquetamento impulsionado pela Ação Penal, fazendo da análise de fundo, por vezes, uma necessidade.

²⁴⁷ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. p. 425.

3.3 Processo penal e estigma

A Teoria do *Labeling approach* (do etiquetamento, da rotulação), que tem suas bases nos modelos do interacionismo simbólico e da etnometodologia, é a expressão mais recente e avançada da sociologia criminal e busca lançar luzes sobre o processo de criação social do crime e do criminoso.

Surgida nos Estados Unidos, com base em estudos relacionados às cifras negras da criminalidade, em especial aos altos índices dessas em relação aos crimes do colarinho branco, a Teoria do Etiquetamento tem como principais expoentes H. Becker (1963), E. Lemert (1964) e Erwing Goffman (1970).²⁴⁸

As teorias do *labeling approach*, ou da *reação social*, visam à reconstrução dos conceitos de crime e criminoso, com base no estudo das cifras negras e da seletividade do sistema penal. Segundo essas teorias, conceituação de delito deve ser buscada em dois momentos distintos do processo de controle social. Primeiro, na qualificação de determinada conduta de delituosa; segundo, e principalmente, na atuação dos órgãos oficiais sobre a conduta previamente qualificada como delituosa, praticada por determinados indivíduos.²⁴⁹

A corrente criminológica do *labeling approach* confere novo enfoque à definição abstrata do crime, com base no interacionismo simbólico. Processa-se uma superação do paradigma etiológico tradicional, desviando o foco do criminoso e das causas do crime, para o processo de criminalização de condutas e indivíduos. O crime não é mais considerado como ontologicamente existente. A conduta qualificada como criminosa não o é de *per se*, nem existe um sujeito naturalmente criminoso, tais qualificativos são resultantes de um complexo de interações (definição e seleção) no seio de uma sociedade estratificada, na qual determinadas condutas são historicamente definidas como delituosas pelos grupos dominantes, ou em decorrência da moral dominante, resultado de uma correlação de poderes e forças.

A respeito, escreve Baratta:

²⁴⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **As raízes do crime**: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 55.

²⁴⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 89.

[...] o primeiro pressuposto do princípio do interesse social e do delito natural é negado pelas assim chamadas teorias da reação social ou do etiquetamento (*labeling approach*), as quais, na perspectiva do interacionismo simbólico, mostraram – não é supérfluo repeti-lo – como o desvio não é algo que precede as definições e as reações sociais, mas uma realidade construída mediante as definições e as reações, e que através delas adquire a qualidade desviante ou criminoso. Deste ponto de vista, a criminalidade não é, portanto, uma qualidade ontológica, mas um *status* social atribuído através de processos (informais e formais) de definição e mecanismos (informais e formais) de reação.²⁵⁰

Além da seletividade primária que envolve a “escolha” das condutas que serão criminalizadas, a teoria da *reação social* se debruça, e com ainda mais intensidade, sobre a atuação dos órgãos estatais, verificando que essa não somente tem o crime como uma realidade pré-constituída, mas também o cria, por meio do processo de criminalização secundária, alcançando (ou não) as condutas tipificadas.

Baratta explica-nos esta segunda direção de estudo das teorias da reação social ou do etiquetamento:

[...] não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o *status* social de delinqüente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinqüência, enquanto não adquire esse *status* aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como ‘delinqüente’. Neste sentido, o *labeling approach* tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais do controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes.²⁵¹

Para que determinado comportamento seja etiquetado como criminoso, para que haja uma repressão penal, ou mesmo moral, sobre a conduta de determinado indivíduo, não basta que esse a execute, é necessário que desencadeie uma reação social correspondente. Ou seja, o simples desvio objetivo em relação a um padrão de conduta tipificado não é suficiente a caracterizar o ilícito, é preciso que os órgãos estatais exerçam sua atividade incriminadora reprimendo a conduta, desencadeando um processo de criminalização da

²⁵⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal...** p. 118.

²⁵¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal...** p. 86.

ação e de seu autor.²⁵²

Dentro das proposições do *labeling approach* o crime e o criminoso não são realidades pré-constituídas, mas construídas socialmente, principalmente pela atuação dos órgãos estatais. É uma qualidade atribuída pelas entidades policiais, órgãos de acusação e juízes a determinados fatos e indivíduos.

Bissoli Filho destaca os sujeitos responsáveis por esse processo de etiquetamento:

[...]. Esta seleção secundária é a que é realizada pelos órgãos policiais em primeira mão (Polícia Militar, Polícia Civil, Polícia Federal, demais organizações policiais ou repartições públicas que exercem o poder de polícia), pelo Ministério Público (no momento de deflagração da ação penal ou arquivamento do inquérito policial ou outras peças que informam a ocorrência de condutas criminais) e pelo Poder Judiciário (ao preferir sentenças condenatórias ou absolutórias. [...]).²⁵³

O processo de rotulação, que define o crime e o criminoso, inicia com a atuação dos órgãos incumbidos do poder de polícia, passa pela atuação da acusação e culmina com o exercício do *jus puniendi* por meio do processo.

A Ação Penal é, portanto, o principal veículo do processo de etiquetamento do indivíduo, por este motivo sua tramitação é permeada por garantias individuais, visando resguardá-lo ao máximo desses efeitos.

Do ponto de vista da atuação das instâncias oficiais na criação do crime e do criminoso, o poder seletivo do sistema penal escolhe o candidato à criminalização e dá início ao processo de rotulação submetendo-o à Ação Penal. A decisão judicial ocorre com o processo de criminalização já em curso, determinando sua continuidade, com a aplicação da pena e agravamento do processo, ou suspensão, com o decreto absolutório. Zaffaroni explica que à agência judicial só é permitido intervir racionalmente no processo limitando essa violência seletiva, segundo critérios objetivos diversos dos que informam as instâncias

²⁵² BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**... p. 95-96.

²⁵³ BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização**: dos antecedentes à reincidência criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. p. 181.

iniciais.²⁵⁴

A tramitação do processo penal, portanto, já corresponde ao processo de criminalização em curso, gerando efeitos estigmatizantes sobre o indivíduo a ele submetido, independentemente da condenação formal.

Uma das consequências mais notáveis e deletérias do processo de criminalização, agravada pela condenação criminal e pela execução da pena, é a criação de estigmas, essa rotulação do indivíduo criminalizado. A respeito das etiquetas negativas produzidas pelo sistema penal, leciona Francisco Bissoli Filho:

São elementos de identificação, pois elevam o indivíduo por cima dos que o rodeiam, tornando-o visível no seu contexto social e invisível perante a sua própria individualidade. Mais visível porque a etiqueta, ao fazê-lo diferente, o separa do grupo; e invisível porque é assim que a sua verdadeira identidade se perde. A etiqueta, pois, obscurece e esconde todas as demais características do indivíduo. Enquanto as etiquetas positivas são atos de louvor e inclusão, as etiquetas negativas são atos de censura e separação. O etiquetamento do desviado normalmente é acompanhado de uma cerimônia social. A exposição à praça pública, pintar a cara, emplumar ou desfigurar, serviram, no passado, para fazer o *status* do desviado mais visível. Atualmente usam-se as cerimônias degradantes nas quais se incluem os julgamentos em tribunais, a revisão da saúde mental e a crítica pública. As etiquetas constituem-se no principal distintivo de identificação da pessoa, facilmente absorvido pelo grupo social, como, por exemplo, as etiquetas de “ladrão”, de “viciado”, etc.²⁵⁵

Zaffaroni observa que essa “carga estigmática” é produzida por qualquer contato com o sistema penal, fazendo com que círculos sociais alheios ao sistema criminal, no seio dos quais se proíbe a inserção de indivíduos estigmatizados, comportem-se como uma extensão ainda mais perversa do sistema penal. Essa “carga estigmática” prescinde da condenação formal para que ocorra, basta um simples contato do indivíduo com o sistema penal, na condição de réu de uma Ação Penal, por exemplo.²⁵⁶

Uma das marcas da atuação do sistema penal, segundo Zaffaroni, é a *“criação e o aprofundamento de antagonismos e contradições sociais e consequentemente o enfraquecimento e a destruição de vínculos comunitários horizontais e de simpatia”* (em

²⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. tradução Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 245-246.

²⁵⁵ BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização...** p. 184-185.

²⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas...** p. 134.

destaque no original).²⁵⁷

Embora o direito positivo consagre o princípio da presunção da inocência, é evidente que no seio social o processo penal gera seus efeitos secundários, agregando estigmas sobre a personalidade do indivíduo (indiciado, acusado, querelado, réu, delinqüente, meliante, criminoso), que se agrava nos casos em que há a sentença condenatória não revista pelo juízo *ad quem* em razão do reconhecimento de uma causa de extinção da punibilidade, mormente a prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa.

No pleito municipal realizado ao longo deste ano de 2008, foi posto em evidência pela Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB o que foi chamado de “ficha suja”. Era taxado de Candidato “ficha suja” aquele contra o qual tramitavam processos judiciais, pendentes de julgamento²⁵⁸. Embora não houvesse uma condenação transitada em julgado, a simples existência do processo judicial em curso era usada de argumento para agredir a imagem do candidato adversário. O que se diria, então, de uma condenação em primeira instância cujo mérito não foi apreciado pelo juízo *ad quem* em razão, por exemplo, da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa? Resistiria o princípio da presunção de inocência?

Nesse contexto, cabe ao réu a análise da necessidade de (re)apreciação do mérito da Ação Penal, desconstituindo, ou minimizando, a etiqueta sobre ele lançada.

As causas extintivas da punibilidade existem em benefício do réu, afastando o *jus puniendi* estatal. Ocorre que, por vezes, o seu reconhecimento, afastando a análise do mérito da Ação Penal, é prejudicial ao indivíduo, para quem a análise dos fatos e o juízo de valor quanto a eles se afigura uma necessidade, uma resposta ao status social que lhe foi atribuído, reforçando o dever do Estado de realizá-la.

Zaffaroni entende que a fonte de legitimidade do poder jurisdicional está na busca pela solução “menos violenta” em meio ao processo de criminalização em curso. Toda a intervenção do sistema penal é violenta, o conflito já chega até o judiciário com uma forte carga de violência e estigma, provocada pela atuação das instancias extrajudiciais do sistema

²⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. ... p. 145.

²⁵⁸ FOLHA ONLINE. **AMB divulga lista ampliada de candidatos com ficha suja**. São Paulo, 2 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u440953.shtml>. Acessado em 30/10/2008.

penal, cabendo ao julgador a função de controlar essa violência, visto que impossível suprimi-la.²⁵⁹

A forma de mitigar a violência característica do processo de criminalização passa pela máxima realização das garantias penais, conforme assevera Zaffaroni:

[...] o discurso jurídico-penal deve planejar as decisões judiciais, de forma a que estas possam estender tais princípios até as máximas possibilidades de realização permitidas pelo poder decisório dessas agências, e que os 'standards' de realização assim obtidos e em permanente ampliação possam ser convertidos em limites máximos de irracionalidade tolerada (por falta de poder que a reduza ainda mais) no exercício do poder seletivo (incriminador) e reativo (que deteriora e condiciona) dos sistemas penais.²⁶⁰(destacado no original)

O judiciário deve buscar a progressiva redução da violência inerente ao sistema penal, com a máxima realização prática das garantias do processo penal, cumprindo seu papel de racionalizar o processo de criminalização.

Nesse sentido, deve-se perceber que, em determinados casos, o julgamento do mérito da ação penal se sobrepõe ao reconhecimento da extinção da punibilidade, como forma de diminuição da violência gerada pelo processo de criminalização impulsionado pela Ação Penal.

O decreto absolutório corresponde de forma mais eficaz à redução dos estigmas do que a extinção da punibilidade que, como visto, é atrelada à idéia de impunidade. Cabe ao indivíduo selecionado pelo sistema penal e submetido ao processo de criminalização a escolha entre a apreciação do mérito da ação e o reconhecimento da extinção da punibilidade, optando pela solução que importe maior redução da violência gerada pelo processo.

Não obstante, os Tribunais têm, com raríssimas exceções, reconhecido, de ofício, a extinção da punibilidade e afastado a análise do mérito da Ação penal, mesmo quando expressamente o réu pleiteie solução diversa, como se verá no tópico seguinte.

²⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. ... p. 206.

²⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. tradução Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 235.

3.4 Análise de sete julgados de tribunais brasileiros

Vários têm sido os pedidos formulados por acusados, inconformados com decisões de primeira instância, objetivando a decretação de sua inocência, mormente nos casos em que há grande repercussão pública.

Do Supremo Tribunal Federal colhe-se acórdão proferido nos autos do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 345.557-0. Versa sobre um caso em que, condenados pelo Juízo de Direito da Comarca de Itajaí, apelaram os réus objetivando a absolvição por insuficiência de provas e atipicidade da conduta. A Sétima Turma de Recursos de Santa Catarina reconheceu, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa, extinguindo a punibilidade dos recorrentes e julgando prejudicada a análise do mérito.

Não satisfeitos com o desfecho dado à Ação, os acusados opuseram ao acórdão dois Embargos de Declaração, objetivando o enfrentamento do mérito, que não foram conhecidos por falta de interesse recursal.

Recorreram, então, ao Supremo Tribunal Federal, argüindo afronta aos princípios constitucionais da presunção de inocência, da ampla defesa e do contraditório e do devido processo legal, “porquanto o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado não pode impedir a análise do mérito da questão posta no recurso”. O Recurso Extraordinário teve seu seguimento negado ao argumento de que não havia afronta direta à Constituição.

Contra a decisão que negou seguimento ao recurso foi interposto Agravo Regimental, reafirmando a ofensa aos mencionados princípios constitucionais, que não foi provido, pelas razões assim postas na decisão:

O agravo regimental não tem condições de prosperar. É que, como salientado na decisão de fls. 420/422, a alegação de ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa não prescindem do exame da matéria do ponto de vista processual. Assim, se ofensa tivesse havido aos princípios, seria ela indireta, reflexa, que não o que não autoriza a admissão do recurso extraordinário. [...].

De igual modo, não tem procedência a alegação de falta de fundamentação do acórdão recorrido porque não examinadas as teses defensivas do recurso.

É que, declarada a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, fica prejudicado o exame do mérito da apelação criminal. Nesse sentido, aliás, é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de que são exemplos os HHCC 63.765-SP e 73.120/DF, relatados pelos Ministros Francisco Rezek e Néri da Silveira, respectivamente.

Do exposto, nego provimento ao agravo regimental.²⁶¹

Buscaram os acusados, por todos os meios, a prestação da tutela jurisdicional, deduzindo a pretensão de análise do mérito, que foi reiteradamente negada. O reconhecimento da extinção da punibilidade, por óbvio, não atendeu ao anseio da parte, não satisfaz sua pretensão, negou-lhe a jurisdição e, conseqüentemente, violou o princípio constitucional do acesso à justiça.

O Superior Tribunal de Justiça enfrentou caso semelhante no Recurso Especial n.º 318.127, de Pernambuco, não sendo diverso o desfecho.

No caso versado, foram recorrentes denunciados pela prática do crime previsto no artigo 331 do Código Penal, tendo sido absolvidos em primeira instância. A sentença foi reformada pelo Tribunal de Justiça Pernambucano, que, após condená-los, reconheceu, de ofício, a extinção da punibilidade por ocorrência da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa.

Foi interposto, então, Recurso Especial objetivando a absolvição dos acusados, por atipicidade da conduta e/ou ausência de dolo, argüindo-se divergência entre o acórdão proferido em segundo grau e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

O Recurso Especial não foi conhecido, conforme a fundamentação da decisão que julgou a insurgência:

Não merece ser conhecido o presente recurso em vista da manifesta ausência de interesse recursal no atendimento do pleito.

Como cediço, o interesse de agir é verificado através do binômio necessidade-adequação, devendo o provimento jurisdicional ser capaz de, efetivamente, ser útil aos recorrentes.

No caso vertente, verifica-se que os recorrentes foram absolvidos em primeiro grau. Ao julgar o recurso de apelação manejado pelo Ministério Público, o Tribunal *a quo* condenou os recorrentes à pena de 6 (seis) meses

²⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 345.577-0, de Santa Catarina. Rel. Min. Carlos Veloso, j. em 19/11/2002.

de detenção, decretando, de ofício, a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento nos arts. 109, VI, 110, § 2º, c/c o art. 107, IV, todos do Código Penal.

A prescrição retroativa, em que pese ser verificada através da pena *in concreto* fixada na sentença, extingue a punibilidade, desfazendo todos os efeitos da condenação. [...].

Mesmo que atendido fosse o pedido de absolvição dos recorrentes, não enfrentamento de tese defensiva no bojo de apelação ou atipicidade do fato, não haveria qualquer benefício de ordem prática ou jurídica que pudesse beneficiá-los, visto que já fora decretada a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, o que revela a manifesta falta de interesse recursal.

[...].

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.²⁶²

No mesmo sentido foi o julgamento do Recurso Especial n.º 337.997, de São Paulo, por meio do qual o recorrente pleiteava sua absolvição ao argumento de que o acórdão que manteve a condenação a ele imposta violou dispositivos de lei federal e foi de encontro à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Em decisão da lavra do Ministro Vicente Leal foi reconhecida a extinção da punibilidade do recorrente e considerada prejudicada a análise do mérito do Recurso.

Relevante extrair, desse julgado, o voto divergente proferido pelo Ministro Paulo Medina, que assim entendeu:

Senhor Presidente, meu ponto de vista é no sentido de que não se pode afirmar, em se tratando de recurso especial, como não se poderia fazê-lo em se cuidando de recurso extraordinário, a prescrição sem definir o recurso. Creio que não se pode dar por prejudicado o recurso especial, porque se antecipou à apreciação da prescrição.

Imagino a hipótese de um homem condenado por sedução, e um tio da ofendida, que não é o seu representante legal interpõe recurso. A ilegitimidade da parte é argüida. Antes de se trabalhar a idéia de prescrição, há, necessariamente, que se apreciar a argüição de ilegitimidade da parte. Ou, ainda, a hipótese de crime de adultério em que a parte recorre buscando absolvição, e se afirma que já está prescrito, não se apreciando o pedido de absolvição.

Na hipótese, creio que é aconselhável que se aprecie o recurso, e, caso dele não se conheça, verificando-se a ocorrência da prescrição, que se conceda o

²⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 318.217, de Pernambuco. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 19/5/2005.

habeas-corpus de ofício.

Nessa linha de pensar, data vênia, divirjo do voto do Senhor Ministro-Relator.²⁶³

Como se observa, ao reconhecer a extinção da punibilidade e deixar de apreciar o mérito da Ação Penal, mesmo que o tenha requerido o recorrente, o julgador está substituindo um juízo de necessidade da tutela que não lhe compete. Cabe à parte apreciar a necessidade da tutela jurídica. Ao Estado-juiz cumpre o exercício do dever estatal de prestar a jurisdição, apreciando as pretensões levadas ao seu conhecimento pelos jurisdicionados.

O voto divergente proferido pelo Ministro Paulo Medina expõe posição pouco aceita pela jurisprudência dos tribunais brasileiros, mas que corresponde ao eficaz e efetivo exercício da jurisdição.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina segue a mesma linha de raciocínio predominante nos Tribunais Superiores. A título de exemplo, é possível citar decisão monocrática proferida nos autos da Apelação Criminal n.º 2008.006161-7.

A mencionada Apelação Criminal teve origem em Ação Penal que tramitou na Vara Criminal da Comarca de Blumenau. Foi o réu condenado à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, substituída por duas restritivas de direito, pela prática do fato típico penal descrito no inciso III do artigo 3º da Lei n.º 8.137/90. Após o trânsito em julgado para a acusação, o Magistrado de primeiro grau reconheceu a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa, extinguindo a punibilidade do acusado.

Houve recurso defensivo, objetivando a decretação da inocência do recorrente. O apelo não foi conhecido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por meio de decisão monocrática assim fundamentada:

Inicialmente, diga-se que o recurso não merece ser conhecido, tendo em vista a manifesta ausência de interesse recursal.

O interesse de agir, *in casu*, é verificado por meio do binômio necessidade/adequação, devendo o provimento jurisdicional pretendido ser capaz de ser profícuo aos apelantes.

Compulsando os autos, verifica-se que o Magistrado *a quo*, após prolatar

²⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 337.977, de São Paulo. Rel Min. Vicente Leal, j. em 8/4/2003.

sentença condenando o apelante, de ofício, decretou a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, lastreada no art. 109, V, c/c art. 110, § 1º, ambos do Código Penal.

A prescrição retroativa, apesar de ser verificada por meio da pena in concreto fixada na sentença, extingue a punibilidade, desfazendo todos os efeitos da condenação. Nesse sentido, vide doutrina de Júlio Fabbrini Mirabete. Código penal interpretado, 5. ed., Atlas, São Paulo, 2005. p. 805.

De outra banda, mesmo que fosse atendida a pretensão de absolvição do apelante, não haveria qualquer benefício de ordem prática ou jurídica que pudesse beneficiá-lo, visto que já fora decretada a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, o que revela a manifesta falta de interesse recursal.

Nesse norte, extrai-se da jurisprudência: STJ: REsp n.º 622.321/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 6/6/2006, in DJU de 26/6/2006, p. 188; TACRIMSP - AC - Rel. Emeric Levai - RJD 1/155 e, desta Relatoria a Apelação Criminal n.º 2008.006161-7, de Blumenau, j. 20/2/2008.

Esse é o entendimento prevalente em nossos Tribunais, no qual dispõe que a prescrição retira qualquer efeito da sentença condenatória, deixando de existir direito aos acusados em verem seu recurso conhecido e examinado, conforme o sistema pátrio do duplo grau de jurisdição.

Tratando-se de admissibilidade recursal e considerando o disposto no art. 3.º do Código de Processo Penal, é de se aplicar, por analogia, o disposto no art. 557 do Código de Processo Civil. Assim, nego seguimento ao recurso interposto.²⁶⁴

Contra essa decisão foi interposto Agravo Regimental, cujo provimento foi negado pelo Tribunal Catarinense, conforme acórdão datado de 3/6/2008, ao argumento de que “a prescrição retira qualquer efeito da sentença condenatória, deixando de existir direito aos acusados em verem seu recurso conhecido e examinado, conforme o sistema pátrio do duplo grau de jurisdição”²⁶⁵.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na unanimidade das decisões, tem adotado o mesmo entendimento.

Na comarca de Cruz Alta, após condenar o réu pela prática dos crimes descritos no artigo 129, § 1º, inciso I, do Código Penal; artigo 180, § 3º do Código Penal; e artigo 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97, o Magistrado reconheceu a extinção da punibilidade pela

²⁶⁴ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n.º 2008.006161-7, de Blumenau. Rel. Des. Moacyr Moraes de Lima Filho, j. em 4/4/2008.

²⁶⁵ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Apelação Criminal n.º 2008.006161-7/0001.00, de Blumenau. Rel. Des. Moacyr Moraes de Lima Filho, j. em 3/6/2008.

ocorrência da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa. A defesa apelou ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul objetivando a absolvição do recorrente por insuficiência de provas a sustentar o édito condenatório.

O apelo não foi conhecido, por unanimidade, tal qual as decisões até agora comentadas, pelos motivos assim expostos no acórdão:

Não conheço do apelo interposto pela defesa de V.N.V.G.

No caso dos autos, a sentença decretou extinta a punibilidade pela prescrição retroativa, assim, não há mais que se falar em culpabilidade do agente, nem há qualquer implicação futura em relação a antecedentes. Em suma, extingue-se a própria ação penal e se apagam os seus efeitos.

Dessa forma, inexistindo interesse da defesa em recorrer entendendo pelo não conhecimento do apelo.²⁶⁶

As decisões dos Tribunais têm se mostrado alheias à realidade social e indiferentes às pretensões dos jurisdicionados, decidindo, inclusive, quando esses têm ou não interesse na tutela jurisdicional. A negativa de jurisdição e a conseqüente violação do princípio do acesso à justiça é clara.

Voz dissonante e que adota posicionamento único entre todos os Tribunais pesquisados é a da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais.

Condenado pela prática do crime de furto, o acusado interpôs apelação objetivando sua absolvição por insuficiência de provas. A Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, embora tenha observado a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, deixou de reconhecê-la para declarar a inocência do recorrente, nos termos do acórdão cuja ementa foi assim redigida:

Prescrição - Lapso temporal superior àquele exigido por lei - Matéria de ordem pública - Declaração a qualquer momento - 2. Em se tratando de hipótese absolutória, mesmo tendo havido a prescrição, tem o cidadão o direito inarredável de ver o exame do mérito.²⁶⁷

²⁶⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n.º 70012302808, de Cruz Alta. Rel. Des. Marcel Esquivel Hoppe, j. em 22/3/2006.

²⁶⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Apelação Criminal n.º 291.661-8, de Congonhas. Rel. Juiz Erony da Silva, j. em 24/4/2001.

Do voto proferido pelo relator colhe-se o seguinte trecho:

A extinção da punibilidade pela prescrição deverá ser estendida ao co-réu Carlos Alberto da Silva.

Até aqui o império da legalidade, entretanto, ousa ir mais além, não só por questões de política criminal, mas principalmente, para fazer justiça.

Matéria de ordem pública, a prescrição pode e deve ser declarada a qualquer momento, sob quaisquer circunstâncias, mas, neste caso, é fundamental que se adentre o mérito uma vez que é caso de absolvição.²⁶⁸

O mesmo raciocínio foi seguido no julgamento da Apelação Criminal n.º 332.639-4, da comarca de Belo Horizonte, julgada pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em cuja ementa constou “PENAL - FURTO - PRESCRIÇÃO - POSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO - PREVALÊNCIA - IN DUBIO PRO REO”²⁶⁹.

A decisão é pioneira, divergindo do posicionamento adotado pela quase unanimidade dos Tribunais brasileiros. Porém, vem ao encontro da proposta do presente trabalho, reafirmando a necessidade de se privilegiar o anseio do acusado, assim exercendo de forma efetiva a jurisdição, garantindo ao indivíduo o acesso à justiça.

O Estado, ao vedar o exercício da autotutela, obriga-se a prestar a jurisdição sempre que provocado. Não pode o Estado-juiz, portanto, negar-se a apreciar o mérito da Ação Penal quando expressamente o desejar o réu, ainda que a seu favor esteja presente alguma das causas de extinção da punibilidade, pois a não-apreciação conduz à verdadeira negativa do direito do réu à jurisdição e ofensa ao princípio constitucional do acesso à justiça.

²⁶⁸ MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Apelação Criminal n.º 291.661-8, de Congonhas. Rel. Juiz Erony da Silva, j. em 24/4/2001.

²⁶⁹ MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Apelação Criminal n.º 332.639-4, de Belo Horizonte. Rel. Juiz Tibagy Salles, j. em 4/9/2001.

CONCLUSÕES

O Direito, entendido como um conjunto de valores aceitos em um determinado momento histórico e imposto coercitivamente, deve ser interpretado a partir da realidade política e social da qual deflui. E, a partir do Estado Moderno, essa realidade é o próprio Estado, que detém o monopólio da produção jurídica, legitimado por uma atuação em prol da sociedade civil.

Por esse motivo o primeiro capítulo foi dedicado ao estudo do Estado, como conceito político e como ente de existência histórica real, tendo sido ressaltada a dificuldade em definir o seu conceito e em precisar o momento histórico de seu surgimento.

Partindo da constatação de que a atual organização política é resultado de uma constante evolução histórica, construída com base na sucessão e superação de modelos e concepções, foram estudadas as organizações políticas anteriores ao Estado Moderno. Viu-se que as organizações políticas clássicas eram marcadas por sua forte vinculação ao sagrado, ao passo que o Estado Medieval caracterizava-se pela diversidade dos centros de poder, pela aspiração à universalidade do cristianismo e pela organização feudal.

Viu-se como o movimento renascentista, redefinindo o papel do homem no universo, aliado à expansão mercantilista, foi determinante para a formação do Estado Moderno, marcado por seus quatro elementos básicos, a soberania, o povo, o território e a finalidade. Foi ressaltada a centralização do poder e o monopólio da produção jurídica como características marcantes do Estado Moderno, e que irão refletir diretamente no conceito de jurisdição.

Fez-se uma breve análise das diversas teorias que servem de sustentação ao Estado Moderno, principalmente as ditas contratualistas, que irão transferir a soberania para a sociedade civil e influenciar fortemente a Revolução Francesa. Tratou-se da forma como as revoluções liberais modificaram profundamente a organização política da época, redefinindo o papel do Estado, que passou a ter a garantia de uma série de direitos inscritos nas Constituições formais como função precípua.

Foi ressaltado que, a partir do Estado Moderno, ao particular é vedada a realização do direito objetivo, a autotutela, cabendo ao Estado fazê-lo por ele, exercendo a

jurisdição.

Foram estudadas as diversas transformações havidas no período que levaram à transição do Estado Moderno para o Estado Contemporâneo, marcado pela sua Função Social, pela mudança de postura perante a Sociedade Civil, cuja importância é acentuada.

Por fim, foram analisados os fins do Estado, ressaltando-se sua vinculação à promoção do bem comum; a soberania, conceito político e jurídico característico do Estado Moderno e que, após as revoluções liberais, encontra sua legitimidade no povo, em função do qual é exercida; e a relação entre Direito e Estado, dando-se ênfase ao monopólio da produção e da aplicação do direito a partir do Estado Moderno, principalmente em decorrência da soberania, ressalvadas as críticas atuais às teorias da separação dos poderes e do positivismo jurídico.

É partindo do conceito de soberania e do monopólio da dicção do direito que se estudou, no segundo capítulo, o atual conceito de jurisdição.

Afirmou-se que, no Estado Moderno, a idéia de direito remete ao conceito de jurisdição. Porquanto veda a autotutela, o Estado se obriga à realização do direito objetivo, fazendo-o por meio do exercício da jurisdição. Nem mesmo o Estado poderá realizar uma pretensão de direito material, como a concretização do *jus puniendi*, sem que o seja por meio da jurisdição. Esta se afigura, portanto, um dever do Estado de, sempre que provocado, solucionar os conflitos trazidos ao seu conhecimento.

Após discorrer acerca das diversas formas de se abordar o estudo da jurisdição e proceder a sua diferenciação das funções legislativa e administrativa, o segundo capítulo tratou de conceituá-la como o poder-dever do Estado por meio do qual se dá a realização do direito objetivo. Ressaltou-se que não se pode interpretar o direito objetivo de forma restrita, como sendo sinônimo de lei.

Foram estudadas as diversas teorias sobre a natureza da Ação, conceituada, ao final, como direito subjetivo público constitucionalmente consagrado, de natureza abstrata, exercido contra o Estado, para que este preste a jurisdição. Viu-se que a ação processual, com a vedação da autotutela, substitui a ação de direito material. O particular, em vez de realizar um direito subjetivo seu, provoca o Estado para que este o faça por ele. Tratou-se, ainda, da

titularidade do direito de ação, demonstrando-se que o réu, exercendo ou não uma ação processual, é titular de uma pretensão jurídica e goza do direito à jurisdição.

Por fim, o capítulo segundo tratou do conceito de processo, concluindo tratar-se de uma relação jurídica, diferente da relação de direito material, estabelecida entre as partes e o julgador, de natureza pública e progressiva, que culmina com a tutela jurídica pondo fim ao conflito deduzido pela partes. À sua faceta relacional deve ser agregado o elemento procedimental, consistente no conjunto de atos concatenados o sucessivos visando uma finalidade comum. Foi ressaltada a necessidade de o processo observar os princípios constitucionais que o informam.

No terceiro capítulo foram estudadas as causas extintivas da punibilidade, em especial a prescrição da pretensão punitiva, e a forma como vêm sendo reconhecidas de ofício pelos tribunais, “prejudicando” a análise do mérito da Ação Penal, mesmo que o réu expressamente o tenha requerido.

Viu-se que tais decisões, ao negarem a apreciação do mérito da ação penal, a despeito de expreso requerimento do réu, têm negado o seu direito à jurisdição e, conseqüentemente, violado princípios constitucionais, em especial o princípio do acesso à justiça.

Foi afirmado que tais decisões desconsideram o fato de que ao Estado-juiz incumbe o dever de prestar a jurisdição, cabendo ao jurisdicionado o juízo acerca da necessidade da tutela. Foi demonstrado que a análise do mérito é direito subjetivo do recorrente, cuja negação importa cerceamento de jurisdição.

Com base nas teorias do *labelling approach* foi estudado como operam as instâncias oficiais de controle social no processo de criminalização, submetendo o indivíduo ao processo penal, bem como as conseqüências dessa violência para a sua personalidade e identidade social, reforçando a necessidade de ser apreciado o mérito da Ação Penal quando por ele requerido.

Por fim, foram analisadas algumas decisões de tribunais brasileiros, no intuito de demonstrar como o Poder Judiciário tem tratado o tema estudado, negando reiteradamente o direito do réu à jurisdição penal, reconhecendo de ofício causa extintiva da punibilidade, deixando de apreciar o mérito da Ação Penal, a despeito de pleito absolutório

formulado pelo acusado.

Viu-se que raras são as decisões que, na contramão da jurisprudência majoritária, têm reverenciado o anseio da parte, apreciando o mérito da Ação Penal, proporcionando ao indivíduo um efetivo acesso à justiça, minimizando a violência gerada pelo processo de criminalização em curso.

A resposta ao problema formulado no início do presente trabalho, que deflui das conclusões resultantes do estudo procedido, é que o Estado-juiz não pode se negar a apreciar o mérito da Ação Penal quando expressamente o desejar o réu, ainda que a seu favor esteja presente alguma das causas consideradas “prejudiciais” à análise do mérito. A não-apreciação consiste em verdadeira negativa de jurisdição e ofensa ao princípio constitucional do acesso à justiça.

Um Poder Judiciário ciente de sua função no seio do Estado Democrático de Direito, que gira em torno da realização dos direitos e garantias fundamentais e minimização da violência exercida por meio do processo de criminalização, deve preocupar-se em buscar a solução mais favorável ao sujeito criminalizado, que melhor atenda ao anseio por ele deduzido em juízo.

Essa solução nem sempre advém da reiteração de modelos e conceitos jurídicos preconcebidos, devendo-se privilegiar aquela que melhor corresponda às exigências do caso concreto e às pretensões deduzidas pelas partes.

Nesse sentido, sempre que ao sujeito importar a análise do mérito da Ação Penal, porque busca o reconhecimento de sua inocência, não poderá o magistrado reconhecer causa de extinção da punibilidade, pois assim estará negando o direito do réu à jurisdição penal.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 18. ed. Porto Alegre: Globo, 1979. 397p.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. 254p.

BARBAR, Tathiana. Dirceu nega existência do mensalão e reitera sua inocência. **Folha Online**, São Paulo, 30 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u324321.shtml>. Acessado em 29/10/2008.

BARCELOS, Pedro dos Santos. Prescrição retroativa. *In*: **Revista dos Tribunais**, ano 76, junho de 1987, vol. 620. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 265-267.

BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização**: dos antecedentes à reincidência criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. 230p.

BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de política**. Tradução Carmem C. Varrialle *et. al.* 12. ed. Brasília: UnB, 2002. 546p. (1º v.).

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Moura. Tradução Márcio Pugliesi *et. al.* São Paulo: Ícone, 1999. 239p.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 794p.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais**: novos direitos e acesso à justiça. Florianópolis: Habitus, 2001. 277p.

_____. Condições da Ação e o Princípio Constitucional do Acesso à Justiça. *In*: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (Org.). **Direito e Processo**: estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. P. 759-780. (1º v.).

BRANDÃO, Paulo de Tarso; MARTINS, Douglas Roberto. Julgamento antecipado da lide, direito à prova e acesso à justiça. *In*: Alexandre Moraes da Rosa. (Org.). **Para um direito democrático**: diálogos sobre paradoxos. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 09-24.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei n.º 3.689, de outubro de 1941.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 318.217, de Pernambuco. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 19/5/2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 337.977, de São Paulo. Rel. Min. Vicente Leal, j. em 8/4/2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 345.577-0, de Santa Catarina. Rel. Min. Carlos Veloso, j. em 19/11/2002.

_____. Tribunal Federal de Recursos. Súmula n.º 241, de 9/9/1987.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Estudios de teoria general e historia del proceso (1945-1972)**. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 1974, 694p. (Tomo I: números 1-11).

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das idéias políticas**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. 399p.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. 358p.

CUNHA, Ada Helena Cunha da. **Prescrição é impunidade**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/38/02/3802>. Acessado em 29/10/2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 307p.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **Código penal comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 917p.

DIAZ, Clemente A. **Instituciones de derecho processal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1972. 519p. (Tomo II. Vol A).

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. Tradução Carlo Coccioli *et. al.* São Paulo: Martins Fontes, 2002. 110p.

FOLHA ONLINE. **AMB divulga lista ampliada de candidatos com ficha suja**. São Paulo, 2 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u440953.shtml>. Acessado em 30/10/2008.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução Antônio M. Espanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. 813p.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. 495p.

GRIESBACH, Carlos Fabrício. A teoria política em Montesquieu. *In: Introdução à história do pensamento político*. Antônio Carlos Wolkmer (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 211-235.

GUARAGNI, Fábio André. **Prescrição Penal e Impunidade: Crítica ao Sistema Prescricional Penal Brasileiro**. São Paulo: Juruá, 2000. 162p.

HERAS, Afonso Arroyo de las; CUESTA, Javier Muñoz. **Manual de derecho penal: introducción, la ley penal, la pena**. Navarra: Aranzadi, 1986. 358p.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

431p.

JESUS, Damásio E. de. **Prescrição penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 176p.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Tradução Walter Stöner. Rio de Janeiro: Líber Júrís, 1985. 49p.

LUZ, Vladimir de Carvalho. Notas introdutórias sobre o pensamento político de Karl Marx. *In: Introdução à história do pensamento político*. Antônio Carlos Wolkmer (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 297-323.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. 520p. (1º v.).

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. *In: Os clássicos da política*: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, O Federalista. Francisco C. Weffort (org.). 12. ed. São Paulo: Ática, 2003. p. 81-110.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Apelação Criminal n.º 291.661-8, de Congonhas. Rel. Juiz Erony da Silva, j. em 24/4/2001.

_____. Tribunal de Alçada. Apelação Criminal n.º 332.639-4, de Belo Horizonte. Rel. Juiz Tibagy Salles, j. em 4/9/2001.

MIRABETE, Julio Frabbrini. **Código penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999. 1972p.

NASCIMENTO, Milton Meira do. Rousseau: da servidão à liberdade. *In: Os clássicos da política*: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, O Federalista. Francisco C. Weffort (org.). 12. ed. São Paulo: Ática, 2003. p. 187-235.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. 3. ed. Florianópolis: OAB/SC-Diploma Legal, 2003. 125 p.

PESCUMA, Leandro Recchiutti Gonçalves. **Prescrição retroativa**: a chancela da impunidade. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6420>. Acessado em 29/10/2007.

PORTO, Antônio Rodrigues. **Da prescrição penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. *In: Os clássicos da política*: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, O Federalista. Francisco C. Weffort (org.). 12. ed. São Paulo: Ática, 2003. p. 51-77.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n.º 70012302808, de Cruz Alta. Rel. Des. Marcel Esquivel Hoppe, j. em 22/3/2006.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Apelação Criminal n.º 2008.006161-7/0001.00, de Blumenau. Rel. Des. Moacyr Moraes de Lima Filho, j. em 3/6/2008.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n.º 2008.006161-7, de Blumenau. Rel. Des. Moacyr Moraes de Lima Filho, j. em 4/4/2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1995. 348p.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **As raízes do crime**: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 174p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 926p.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 532p. (1º v.).

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 657p. (1º v.).

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal**: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 256p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. tradução Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. 281p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. 888p.